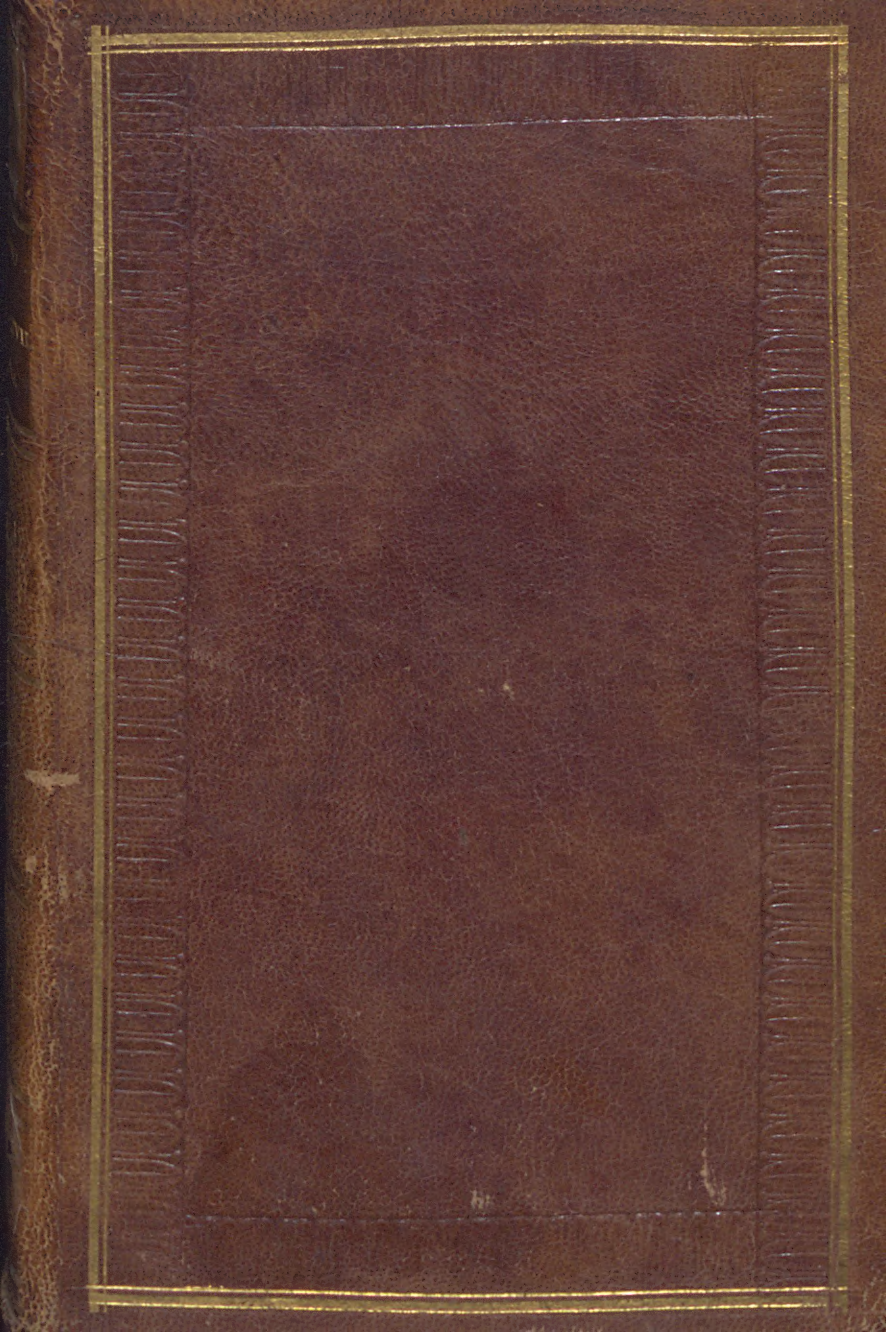
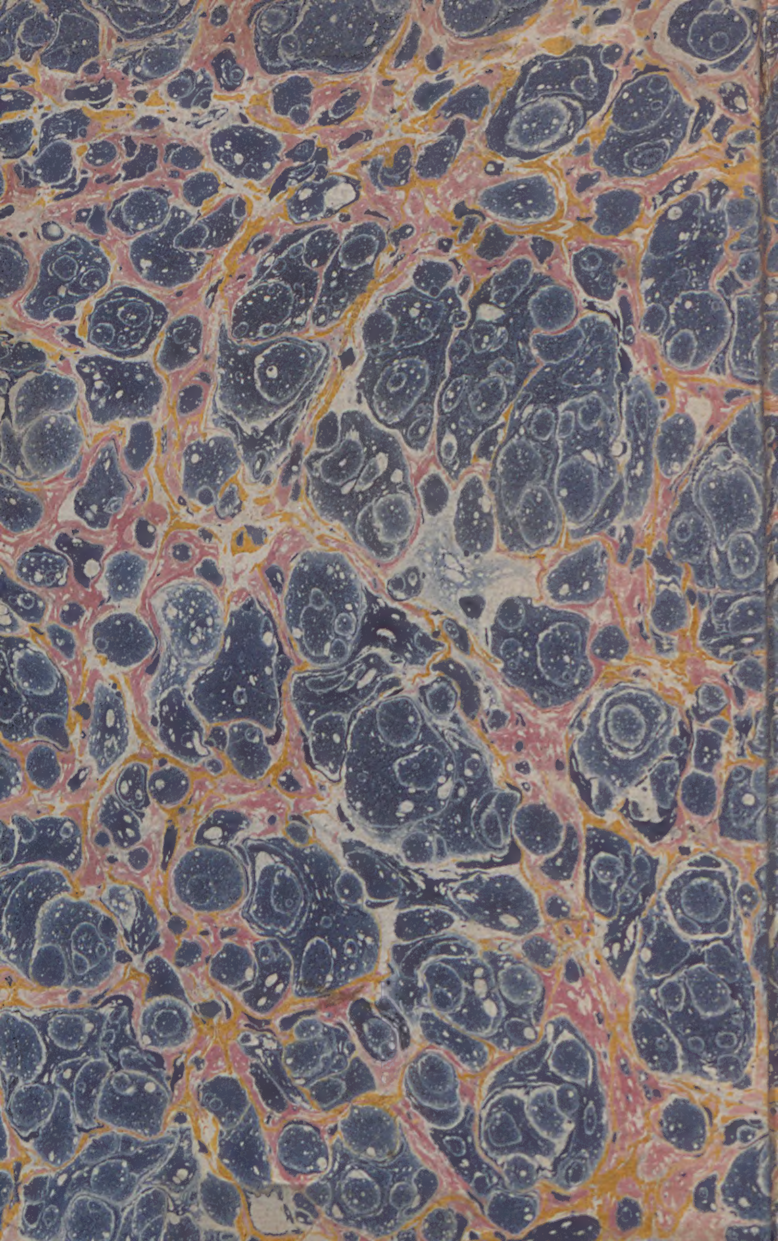
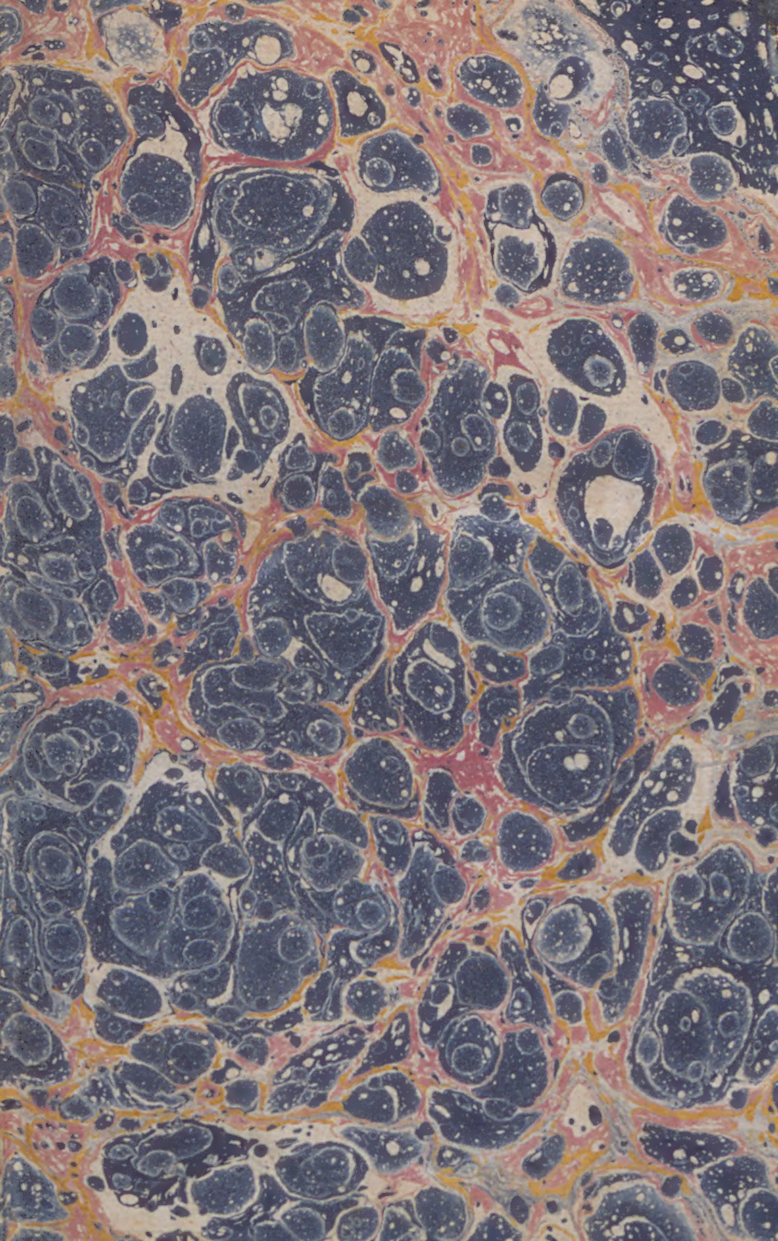






ENSAYO

DE UN COMPENDIO

DE DERECHO CIVIL

GENERAL DE ESPAÑA,

ESCRITO POR EL LICENCIADO

D. JUAN ANTONIO DE LA VEGA,
abogado de la real Audiencia de Galicia.



TOMO PRIMERO.

MADRID, 1832:
IMPRENTA DE D. MIGUEL DE BURGOS.

ADVERTENCIA.

Las leyes recopiladas que se citan, corresponden en general á la Recopilacion del año de 1775.

PREFACION.

El deseo de una obra metódica y compendiosa suficientemente instructiva de los derechos y deberes civiles, es tan antiguo en los estados y sus individuos como la oscuridad de sus leyes en este ramo, por muchedumbre ó discordancia. Pompeyo, Cesar (1) y Ciceron (2) parece que han pensado en ella: de los jurisconsultos era de quienes debia esperarse; pero divididos en sectas desde Tiberio, y no habiendo descubierto el rumbo que debia tomarse, sus inmensos escritos vinieron á ser mas perjudiciales que útiles para su ejecucion.

(1) S. Isidor. lib. 5 cap. 1 Etymolog.
(2) Gellius lib. 1 cap. 20.

Los *erciscundos* sus succesores, que establecieron un sistema medio, han marchado tambien en sentido tan diverso de aquel objeto, que habiendo formado Salvio Juliano, por el año de 132, imperando Adriano, la confusa coleccion de los edictos de los pretores, conocida por *edicto perpétuo*, como un siglo despues, imperando Alejandro Severo, sobre ella sola escribió Julio Paulo 80 libros, y Domicio Ulpiano 83. El extravío en las recopilaciones llegó á tanto que, segun el testimonio de Justiniano en su carta al Senado y á todos los pueblos, sancionando el Digesto, en el año de 533 se contaban en el imperio dos mil libros de Derecho antiguo (1).

Sería por demas el describir los incalculables males consiguientes á la inherente incertidumbre en los derechos mas caros. No sin razon se ha opinado que contribuyó á la cai-

(1) "Duo penè millia librorum esse conscripta, et plus quàm trecenties decem millia versuum à veteribus effusa." 2 præf. ad Dig.

da de los dos imperios de occidente y oriente tanto ó mas que las invasiones de los bárbaros.

Aquel emperador, aunque no bajo un plan tan perfecto como era de esperar, los cortó lo mejor que supo para lo succesivo con los cuerpos de Derecho y con la Instituta que hizo ordenar: lo propio hicieron los godos en España, formando succesivamente dos Códigos, y privando todos los demas (1), con lo que presumirian que aquellos desórdenes cesaban para siempre; mas habiendo revivido en Bolonia á principios del siglo XII la Jurisprudencia y Derecho romano, y penetrado en la península, así como despues tambien el decreto del monge Graciano, y las Decretales de San Raymundo de Peñafort, apareció luego á su lado el gusto de los antiguos jurisconsultos de explicar y conciliar aun lo que no necesi-

(1) L. 9 tit. 1 lib. 2 del Fuero Juzgo. Cuento el Breviario de Alarico formado en Tolosa de Francia en el año de 505, ó sea el de 506, aunque su observancia en España está sujeta á dudas y restricciones.

taba, ó no podia explicarse ni conciliarse, haciendo poco ó ningun caso de los motivos de las leyes: gusto que, extendiéndose á las nuevas reales y eclesiásticas, y á su concordancia con las antiguas legislaciones romanas y constantinopolitanas, con las glosas, comentos y controversias del vulgo de escritores, aumentó de tal manera los volúmenes, que en vez de acercarnos, nos ha alejado mas de la obra que convenia para la pronta, elemental y poco costosa instruccion general.

La Instituta de Justiniano y las de sus comentadores y sectarios, comprendiendo las de Torres, Sala y Alvarez, estan muy distantes de ser lo que se titulan, mucho mas de corresponder al objeto de que se trata, y á los progresos y estado de la ciencia del Derecho: y (si es permitido el decirlo) la presuncion científica de los europeos debe humillarse y confundirse al ver que en trece siglos no ha acertado á enmendar y rectificar los perjudicialísimos defectos visibles

que todos lamentan en los elementos de esta ciencia presentados al mundo por aquel monarca oriental.

Reflexionando sobre tantas leyes nacionales y extrangeras, de cuya lectura y conocimiento no podemos dispensarnos, y sobre los tesoros de sabiduría ocultos en los libros de los escritores que pude examinar, me ha parecido que de todos estos materiales podia formarse un curso en compendio de Derecho civil general del reino, base de los que de él derivan, reuniendo por un nuevo y sencillo orden cuanto conviene que todos sepan, sea por estar asi prescrito por ley escrita, ó por usos, costumbres ú opiniones admitidas por su conveniencia y equidad, sin hacer caso de controversias inútiles, tomando en las útiles el partido que sugieren sus razones atendibles, y sin explicar ni razonar sino sobre lo que necesita de explicacion ó raciocinio, dejando en su bella y magestuosa desnudez los estatutos de justicia perceptible del comun de lectores.

Tal es en ensayo la obra que ofrezco en dos tomos á todas las clases del estado, porque ninguna debe ignorar lo que en ella se contiene, de los cuales el primero y principal es el presente, y el segundo lo daré á luz lo mas presto que pueda.

Conozco que no es ni puede ser cosa acabada, por ser empresa superior á la capacidad de un hombre solo rodeado de otras atenciones urgentes que le interrumpen: mas me anima y consuela la esperanza de que algun sabio la reformará ó perfeccionará.

TITULO PRELIMINAR.

CAPÍTULO PRIMERO.

De la formacion de los estados, de su soberanía, y de la monarquía española.

La amistad y el interés debieron unir á las primeras familias pobladoras de un pais en sociedad civil; y no pudiendo ésta existir y conservarse sólidamente sin poder legislativo y ejecutivo, invistió Dios con ambos á los príncipes, y sus súbditos los han reconocido, porque asi les convenia, y por el precepto que se les impuso de obedecerles y someterse á sus leyes por precepto (1). Estos dos poderes constitu-

(1) Sap. VI. 5.: Deutor. XVII. 19.: Prov. VIII. 15.: Exod. XVIII. 21.: Is. XXXIII. 22.: Paralip. XVI. 22.: Paul. ad Rom. XIII.: Petr. II. 13.: Domat, *Traitè des Loix*; y Dorca, *Sociedad civil* cap. 2.

yen lo que en diferentes acepciones llamamos imperio civil, imperio público, soberanía, y potestad suprema ó eminente; y la persona en quien residen juntos plena ó limitadamente, en España y en otras algunas potencias, tiene el nombre de *Rey* del verbo *regir* (1).

Si se pretende investigar el tiempo en que comenzaron las asociaciones y poderes en cada una de las naciones, es necesario remontarse hasta la edad cercana á su orígen, pues por el mismo órden con que se pobló la tierra, con poco intervalo se han formado tambien sus sociedades é imperios; mas para estas investigaciones, comunmente carecemos de guias, por corresponder las épocas de sus instituciones á un tiempo en que el espíritu humano, entregado todavía á objetos simples y de poca importancia, no podia tener aquella elevacion que se requiere para pensar en instruir á la posteridad de los hechos y tradiciones de sus mayores por medio de monumentos estables.

Lo que se sabe con certeza es que es-

---

(1) Ley 1. exórd. del *Fuero Juzgo*; y 1. t. 1. P. 2.

tos estados y sociedades han sido, como era natural, pequeños en su primera formacion.

Los cinco reyes de Pentápolis, de que instruye el capítulo catorce del Génesis, no gobernaban sino un territorio cuya superficie era de veinte y dos leguas de largo, sobre cinco de ancho: Josué derrotó á treinta y un reyes: en la edad de los argonautas nos representa la historia á los príncipes griegos como soberanos de estados muy cortos: bien conocidos son los principios de las repúblicas de Roma y Cartago; y lo propio se haria ostensible cuanto á los demas imperios, si en la historia se conservasen noticias de sus primeras asociaciones.

Al tiempo, al aumento de poblacion, á la guerra, y á las otras causas que hicieron formar las primeras sociedades y los primeros estados, deben su formacion los grandes; y las mismas les hicieron padecer una serie casi nunca interrumpida de variaciones y vicisitudes, hasta que los condujeron al estado que presenta el vasto mapa geográfico-político del globo.

Fijando la vista en esta península, ha-

llamos que su poblacion y sociabilidad datan de tiempos tan desconocidos y fabulosos, que los turdetanos, contemporáneos de Octaviano Augusto, contaban seis mil años en sus libros históricos (1). Defendidos sus habitantes por el mar y por los Pireneos, gozando de un clima benigno y de un pais abundante, es indudable que han prosperado y multiplicádose hasta un grado increible á los que calculan la produccion del suelo peninsular de entonces por la de ahora, no teniendo presente lo que sus muchas tierras de pendiente en tantos siglos han perdido en el espesor de sus capas y sustancias primitivas arrebatadas por los aluviones enorme y visiblemente ácia los mares. Hallamos que todos ó casi todos los primeros pueblos navegantes, comerciantes y fabricantes de las costas del Mediterráneo y sus islas, en particular los fenicios y cartagineses, contrataron y formaron en ella establecimientos de mas ó menos extension y duracion: que los fenicios, envanecidos con sus artes, industria y comercio, con

(1) Estrabon lib. 3.

su poder marítimo, y con su esplendor y riqueza de príncipes, segun la expresion del profeta Isaías (1), intentaron conquistar toda ó parte de la península, ocasionando una guerra que terminó en su confinamiento á Cádiz por el general Baucio Capeto, príncipe de los turdetanos: que los cartagineses á su vez, por iguales principios, con mas fuerzas y mejor apoyo, intentaron lo propio que sus parientes los fenicios, siendo el resultado de su agresion su expulsion absoluta de la península, en el año de 548 de la fundacion de Roma, con el auxilio de los romanos; y que estos ambiciosos y poderosos guerreros, violando la santidad de la alianza, se propusieron extender su imperio sobre esta preciosa parte de Europa, lo que consiguieron por pactos de federacion y amistad, y por una guerra de doscientos años, que concluyó Octaviano, continuando pacíficamente el mando de Roma hasta el año de 409 del nacimiento del Señor, en que comenzó á erigirse en estado ó potencia esta parte integrante del orbe romano.

---

(1) Cap. XXII.

De las continuadas victorias y triunfos de los romanos, nació en ellos el espíritu marcial, el orgullo y el lujo, que, marchando siempre en incremento, produjeron á su tiempo el despotismo militar, el menosprecio de las leyes tutelares de la república, y el desden ácia todos los artes mas útiles al género humano. Las leyes agrarias fueron holladas: la propiedad se acumuló hasta tal grado, que para cada propietario habia cerca de 600 que no lo eran: la agricultura se abandonó á los esclavos: el comercio fue envilecido, tratando á los comerciantes como á los histriones, las rameras, los bastardos y los gladiadores; y careciendo la populosísima capital del estado de medios justos y ordinarios de subsistencia, se apeló á medidas violentas y opresivas, como fueron establecer colonias romanas y latinas en las provincias, despojando á los antiguos dueños de sus casas y tierras, hacer contribuir á los provinciales con cánon frumentario para mantener á la milicia y al populacho, y forzarles al trabajo de sus minas, de las cuales, segun Plinio, se solian sacar anualmente en España veinte mil li-

bras de oro; y de plata, segun Estrabon, las de Cartagena solamente daban veinte y cinco mil dracmas por dia.

De este régimen tiránico nacieron el descontento, los vaivenes y tormentas que agitaron aquel estado. El odio seguia á los romanos como su sombra en el interior y exterior.

Las naciones salvages que habian espantado á Alejandro Magno y á Pirro, arrojadas por Pompeyo del vasto espacio incluso entre el mar Caspio y Ponto Euxino, excitadas y comandadas, segun se pretende, por su héroe Odin, á quien honraron con la apoteosis y con los atributos de dios de las armas, padre de la muerte, despoblador é incendiario, marcharon ácia el norte y occidente de Europa, subyugando y armando contra los romanos á cuantas naciones hallaron á su paso; y las conocidas por los nombres de suevos, alanos, wandalos, silingos y wisigodos ó godos pasaron los Pireneos en el año de 409.

Algo morigeradas, sin duda, durante su larga vida errante y vagabunda por pueblos bastante civilizados, parece que

habian perdido mucho de su ferocidad nativa, pues no eran pocos los españoles y franceses que, lejos de oponerse á la invasion, mejor querían vivir con estos bárbaros que con los romanos (1). Asi entraron y establecieron en la península muchos reinos con muy poca contradiccion; pero habiendo los godos vencido ó acomodádose con los demas, y legitimado en cierto modo ó cohonestado su establecimiento y conquistas por el tratado que el rey Ataulfo hizo con el emperador Honorio, de todos estos reinos vino con el tiempo á formarse uno solo, que se sostuvo hasta principios del siglo octavo, á pesar de algunas instituciones impolíticas y contrarias al bien estar y á la afeccion de los naturales.

Consistieron estas en ser electivos los Reyes: en haber despojado á los naturales de las dos terceras partes de todas sus tierras, que se aplicaron á los godos (2): en la consiguiente extension de los arrendamientos de tierras, que debió aumentar la

(1) Salvian. *De providentia*, lib. 7. cap. 41.
(2) Ley 8. tit. 1. lib. 10. del *Fuero Juzgo*.

dependencia y miseria del tercer estado: en ser distintivo peculiar de ellos la nobleza magnaticia y las inferiores: en la prohibicion á todo otro de tener cabello largo: en no poder casarse con españolas, ni españoles con godas; y en ser prerogativa de los godos la obtencion y ejercicio de oficios públicos. En vano esperarían los naturales que, restablecidas las Cortes, lo conciliarían todo. Se derogó, es verdad, la ley de los casamientos: se moderó la de oficios; pero subsistiendo las demas, el gérmen de desunion y desafecto debió continuar y desarrollarse á la primera ocasion favorable.

Hallándose la opinion pública en el mal sentido que era natural, y no todos los condes, duques y otros personages de acuerdo con el rey D. Rodrigo, en el año de 715, los árabes, dueños por aquel tiempo y en los inmediatos del África, del Asia menor, de la Pérsia, y en cierto modo de la India hasta las Malucas y la China, que recorrían como negociantes, como fanáticos y como conquistadores, acometieron la España, y en menos de tres

años se apoderaron de su centro (1), y de todas ó casi todas las costas y fronteras meridionales, quedando sin verdadero gobierno el resto de la monarquía, que comprendía entonces el Portugal, y se extendía en partes á mas allá de los Pireneos.

Sobrevinieron bandos y divisiones civiles y religiosas entre los árabes, á que se siguió su desacierto de erigir en Estado soberano á cada ciudad considerable con sus términos; y aprovechando tan buena ocasion los cristianos libres de su dominacion, é inflamados por ver profanada nuestra santa religion, atacaron á los nuevos señores por distintos puntos bajo la direccion y mando de diferentes gefes, que vinieron á ser otros tantos soberanos de estados independientes, estados que no se reunieron en uno hasta los Reyes católicos.

En el reinado de estos se descubrió el nuevo mundo, y se vió la España en un grado de gloria y prosperidad que no sería creible ahora, si no supiéramos que

(1) Cortines, *Decada leg.* introd. §. 37.

era la primera potencia agrícola, fabril, comerciante y marítima de Europa; empero, exaltada la piedad y santo celo de nuestros Reyes y de los católicos de la nacion por la unidad religiosa, y por descubrimientos, guerras y conquistas del mayor interés, no solo á la España, sino tambien á la religion, á la humanidad y al mundo entero, las fábricas, los talleres y el comercio han decaido por necesidad, y se abandonaron á las naciones vecinas, quienes succesiva é insensiblemente nos arrebataron una no pequeña parte del fruto de tantos trabajos y sacrificios.

La siguiente tabla presenta el estado de todo lo principal de la monarquía antes de las convulsiones políticas de nuestros dias.

Provincias.	Total de almas.	Superficie. Leguas cuadradas.	Número de almas por legua cuadr.
Prov. de Guipúzcoa.	120.716	37	3262
Prov. de Madrid. . .	215.615	100	2156
Reino de Galicia. . .	1.345.803	835	1611
Señorío de Vizcaya. .	116.042	82	1415
Reino de Valencia. .	783.084	760	1030
Princip. de Asturias.	347.776	348	1000
Prov. de Valladolid.	196.839	246	800
Princip. de Cataluña.	814.412	1060	768
Reino de Sevilla. . .	754.293	970	762
Prov. de Burgos. . .	465.410	626	743
Reino de Navarra. .	227.382	315	722
Reino de Granada. .	661.661	930	711
Reino de Córdoba. .	236.016	382	617
Prov. de Guadalajara.	114.376	186	615
Prov. de Toro. . . .	92.404	157	588
Prov. de Álava. . . .	71.399	126	566
Reino de Jaen . . .	117.136	314	564
Prov. de Palencia. .	112.514	202	557
Prov. de Toledo. . .	334.425	626	534
Prov. de Zamora. . .	74.669	143	522
Prov. de Leon. . . .	250.134	537	466
Prov. de Segovia. . .	167.525	360	465
Prov. de Ávila. . . .	115.172	250	460
Reino de Aragon. . .	623.308	1386	450
Prov. de Soria. . . .	170.565	387	441
Reino de Murcia. . .	337.686	800	422
Prov. de Extremadura.	416.922	188	350
Prov. de Salamanca.	210.580	620	336
Prov. de Cuenca. . .	266.182	909	292
Prov. de Ciudad-Real.	206.160	772	267
Continente de España.	10.661.488	15.700	641

Islas del Mediterráneo.

Mallorca. . .	137.222	110	1247
Menorca. . .	28.117	20	1408
Iviza.	13.707	15	913 *

* *Mercurio de Enero de 1803.*

Estados de América.

Provincias.	Total de almas.	Superficie. Leg. cuadradas.
Méjico.	6.800.000	75.830
Goatemala.	1.600.000	16.740
Cuba y Puerto-Rico.	800.000	4.430
Venezuela.	900.000	33.700
Nueva-Granada. . .	1.800.000	58.250
Perú.	1.400.000	42.150
Chile.	1.100.000	14.240
Buenos-Aires. . . .	2.000.000	126.770

CAPÍTULO II.

De las leyes.

SECCION PRIMERA.

Del origen de la legislacion española.

Las asociaciones de las familias y de los estados, por consecuencia natural debieron confundir sus respectivas razas, enriquecer y aliar sus lenguas, y amalgamar, digámoslo así, sus leyes, sus usos y sus costumbres. No es raro, sin embargo, ver estados de legislacion diversa dentro del mismo estado, sin que esta diversidad turbe ni altere el órden público, como sucede en España, en Austria, Rusia y en otras potencias. La unidad de legislacion por medio de un código general es, sin duda, preferible y capaz por sí sola de formar época en una nacion; mas si no disfruta esta ventaja, la empresa de la unidad, y todas las que de cualquier modo tocan lo interior del edificio social, requiere de parte del gobierno toda la cien-

cia proporcionada á las contrariedades que hay que conciliar, y á las dificultades que hay que vencer; y de parte de los pueblos la virtud y la conviccion del bien general que va á resultar. Sin estas predisposiciones el efecto sería en lo moral el mismo que ocasiona en lo físico un alimento sano y nutritivo introducido en un estómago repleto ó con bascas.

Aunque carecemos de noticias auténticas de la legislacion de los primitivos estados de la península, no obstante, observando que sus habitantes han estado en relacion con muchos pueblos civilizados, entre ellos con los sabios rodios, mas de un siglo antes de la fundacion de Roma, y como ocho y medio antes del nacimiento del Señor, que les enseñaron el uso de tahonas y otras cosas útiles: succesivamente con los fenicios 350 años: con los cartagineses 264: que la península desde tiempo inmemorial se nos presenta en la historia cubierta de castillos, vistiendo sus naturales camisas finas de lino, y la otra ropa de grana, segun Tito Livio, en su descripcion de España: que se-

gun Plinio (1) en el imperio de Octaviano Augusto se contaban en ella y en el Portugal 752 pueblos principales, entre ellos veinte y cinco colonias romanas, veinte y dos municipios de ciudadanos romanos, cuarenta y nueve pueblos latinos ó con derecho de *Lacio*, y los demas libres, confederados y estipendiarios ó tributarios: considerando lo que refiere Estrabon, de que en su tiempo, es decir, del mismo Augusto, á quien alcanzó, en solo Cádiz se contaban en el censo quinientos ciudadanos del órden ecuestre, cada uno con diez mil ducados con poca diferencia: que Juba, rey de las Mauritanias, y el mas sabio y poderoso de África, contemporáneo y amigo del mismo Augusto, se honraba de ser duunviro, ó sea cónsul de Cádiz: que Balbo, el sobrino, natural de esta ciudad, fue tan rico, que, despues de construir en Roma un teatro á su costa, legó á cada ciudadano romano veinte y cinco denarios, legado que debió ascender á la suma de ocho millones y cuatrocientos mil reales: el gran comercio marí-

(1) Hist. Nat. lib. 3. cap. 3., y lib. 4. cap. 22.

timo de las Andalucías: que estos pueblos, este comercio, y esta riqueza, excluyendo parte de la de Balbo, no podian ser obra de los romanos, horrendos devastadores; y que no podian haberse formado ni conservarse sin leyes; parece necesario convenir en que las tenian antes de la invasion romana, la cuales consta que debieron continuar en observancia, cuando menos en los municipios y en los pueblos libres y confederados.

¿Subsistirían estas leyes despues que por los años del Señor de 72 concedió el emperador Vespasiano el derecho de *Lacio* á toda España, y despues que en el de 140 concedió Antonino el de ciudadanos romanos á todos los de su imperio? La toga que se permitió vestir á los de la península ¿tendría la virtud mágica de borrar en ellos su natural y extremada adhesion á sus antiguos hábitos, trocando hasta su lengua vulgar por la latina, segun se opina generalmente?

No tenia entonces la península menos poblacion que ahora, si no era doble ó cuádrupla, como mas comunmente se calcúla; ¿y podrémos persuadirnos que cien

ó doscientos mil guerreros extrangeros, esparcidos en su vasta extension, pudiesen en poco ni mucho tiempo conseguir que los lugareños y aldeanos no ilustrados, y el populacho de las ciudades perdiesen sus hábitos, sus usos y su lengua nativa, y recibiesen la de sus conquistadores, cuando vemos que tantos siglos en que la castellana es la única culta de España, y Castilla la provincia capital de la monarquía, de nada sirvieron para el cambio ni alteracion sustancial de las venerandas costumbres y de las lenguas vulgares de las provincias, lo mismo que sucedió y sucede con las *patués* en Francia, y con todas las demas?

Ninguno respeta mas que yo á los muchos sábios que opinan por la afirmativa; pero no puedo convenir con ellos.

Las naciones, asi como el comun de los hombres, obran por hábitos; y ninguna cosa hay mas dificil que hacérselos cambiar. Los romanos no se desdeñaron de recopilar las leyes de Grecia, formando de ellas las de las doce tablas: respetaron y se apropiaron la jurisprudencia naval de los rodios: solian adoptar y mante-

ner cuanto encontraban de bueno en las naciones extrangeras; y habiendo conservado las leyes de la península por pactos inviolables, me persuado que, aunque con mudanzas accidentales, subsistieron hasta los godos. De ellas, y no de las de Roma, derivaron las cortes celebradas en Tarragona por Scipion el africano, en Córdoba por Julio Cesar, y en Toledo y otros puntos por los reyes godos y por los restauradores de la monarquía, á las cuales, de su llamamiento, solían concurrir los sábios de la nacion en los tres brazos del estado, de que se componian de ordinario, desde el cristianismo, dictándose en ellas por su consejo las leyes convenientes.

Los godos recibieron lengua y leyes de los pueblos sometidos á su dominacion, como lo decia Ataulfo á sus soldados (1), lo afirmó y prometió Teodorico en su carta al emperador Anastasio, y Alarico escribiendo al pueblo romano (2), sin que conste que en lo sustancial faltasen á su palabra. El Breviario de éste, formado en

(1) Paulus Orosius, lib. 7. cap. 43.
(2) Cassiodorus, lib. 1. Epist. 1., et lib. 8. Epist. 3.

la Galia gótica, año de 506, por consejo de los sacerdotes y magnates, compilando algunos derechos romanos, sospecho que cayó en olvido con la pronta muerte de aquel rey, y con la pérdida inmediata de aquella gran provincia; y si su observancia ha pasado los Pireneos, es cierto que no pudo extenderse al pais no dominado por los godos, y verisimil que en el que dominaban se circunscribiese á los pueblos regidos por las leyes generales, sin comprender á los demas, como sucede en el dia con algunas generales de Castilla, que ninguna mutacion producen en los fueros vigentes de otras provincias.

En los discursos ó alocuciones de los reyes Ervigio y Egica sobre el arreglo de legislacion, y en el prólogo de D Alonso el sábio á su código razonado nada se ve de romano (1). En algunas leyes sí que hay concordancias; mas tambien hay variantes, que pueden aludir á las leyes primitivas y á las buenas costumbres de que eran tutoras. El nuevo código civil

(1) Concil. 12. y 17. de Toledo, ley 8. tit. 1., lib. 2. del *Fuero Juzgo*; y prólogo del rey Don Alonso.

de Francia no parece en lo principal mas que un extracto de nuestras Partidas por órden distinto; y no por eso podemos decir que sean su origen. La concordancia de leyes peregrinas consiste en que los principios de justicia infundidos por Dios en la razon humana producen efectos iguales en todos los pueblos en que hay conformidad de costumbres. Lo que conviene indagar es el motivo de la ley; y todo lo demas no suele servir sino para malgastar tiempo.

¿Qué suerte fue la de aquellas leyes primitivas, pues que ya S. Isidoro no hizo mérito de ellas? Entiendo que su parte útil se ha refundido en las nuevas; y que sus originales escritos se perdieron en las devastaciones de la península, ó se rompieron y despedazaron cuando así lo mandó el rey Recesvinto (1). Lo de S. Isidoro no me hace fuerza, porque vivia en colonia romana.

Las renacientes y perentorias urgencias de la guerra de restauracion hicieron necesarias muchas concesiones, tantos

---

(1) Ley 9. tit. 1. lib. 2. del *Fuero Juzgo*.

privilegios, y tantas leyes particulares con el nombre de fueros, que la legislacion vino á ser un caos en que vagaban partes de dificil union.

San Fernando intentó conciliarlo todo, formando un código general, obra que, como no pudiese ejecutar prevenido por la muerte, dejó encargada á su hijo D. Alonso el sábio, cuyos trabajos y los de sus augustos succesores son un testimonio de la sabiduría, de la benevolencia, de la justicia y del celo de nuestros legisladores.

En sus códigos, así como en los romanos, se contiene el derecho civil junto con el de comercio, el público, y todos los otros, advirtiéndose tiempo hace que en los títulos habia vacíos que llenar, y que el plan podia mejorarse y simplificarse. Los códigos de los demas estados de Europa presentaban imperfecciones mucho mayores. Federico Cárlos II, rey de Prusia, formó por sí mismo en parte un plan de reforma, que se ejecutó, publicó, y tradujo al frances de su órden en 1750 y 1752, en cuya perfeccion se trabaja todavía. La Francia y otras naciones, en principios del siglo, hicieron lo propio

con los suyos bajo nuevos planes. Si ni estos, ni su ejecucion son obras acabadas, presentan, sin duda, mas claridad y órden que los anteriores. La legislacion civil no es ya un arcano revelado por Radamanto y Minos, hijos y succesores de Júpiter, á los cretenses, que le comunicaron á Esparta y demas ciudades de Grecia, de quienes le recibieron los romanos, y le transmitieron á los otros pueblos. No es tampoco un ser fundado en ficciones, como las de Fo-Hi, Numa y Mahoma. Es una ciencia cuyos elementos se hallan en la justicia y en la razon con que Dios nos ha dotado, y cuyo objeto es el bien estar del género humano, y de cada nacion y sus individuos en particular, segun su constitucion y relaciones, y segun su estado físico y moral; circunstancias que por sí solas bastan para mirarse con desconfianza los estatutos de Roma y Constantinopla aplicados á nuestro suelo y á nuestra monarquía.

No es esto decir que los códigos romanos no fuesen ni deban ser atendidos. Al contrario, abundando en principios de equidad y justicia, que se tuvieron pre-

sentes en la extension de nuestras leyes, está permitido el consultarlos, no solo cuando son conformes, mas tambien en los casos imprevistos en las leyes del reino (1), si las del imperio marchan en España á la par del derecho natural, del bien público y particular, y estan admitidas; mas debe tenerse presente la distancia y diferencias que nos separan de aquella república y de aquel imperio, y que si sus códigos han deslumbrado por el esplendor de principios justos, tambien á su lado se hallan otros erróneos, inhumanos é injustos, particularmente en lo relativo á derecho público y de gentes, que transmitidos al mundo, y adoptados (si no exagerados) sin el debido examen por muchos jurisconsultos, y á veces consagrados como derechos por los gobiernos que succedieron al imperio, han dado márgen á los novadores para sus violentas y agrias declamaciones.

Si nos es permitido consultar al derecho romano y á los intérpretes y glosadores, por la misma razon nos es lícito con-

(1) Auto acord. 1. tit. 1. lib. 2. Recop.

sultar con los códigos y escritores extrangeros, como siempre se hizo; mas guardémonos de abusar de esta libertad de un gobierno amante de la ilustracion. La supersticiosa veneracion de muchos regnícolas ácia aquellos códigos, queriendo acomodar á ellos los nuestros, sepultó la jurisprudencia de España en un abismo. Conviene sacarla de él, y no trazarle otro. Sobre todo, tengamos siempre presente que en un estado, así como en una familia, el régimen que hace la felicidad de uno, de ordinario forma la infelicidad de otro, particularmente en las instituciones políticas, que apenas nunca pueden aplicarse las de un estado á otro estado, sin presentarse efectos contrarios á los que una falaz teoría hiciera concebir.

Omito la historia de nuestros códigos generales, por no venir á mi objeto, y por ser conocida de todos.

Seccion II.

Del derecho, y de las leyes en general.

Derecho es la ciencia de lo que es justo y de lo que es injusto, y de las obligaciones y prohibiciones consiguientes segun las leyes.

Ley es la regla que marca la justicia y la injusticia de las acciones, y las obligaciones y prohibiciones consiguientes.

Asi el derecho como las leyes se dividen en *divinas*, *naturales*, *eclesiásticas*, *civiles escritas ó no escritas*, *prohibitivas*, *preceptivas ó permisivas*, *generales ó particulares*, *perpétuas ó temporales*: *derecho y leyes de comercio*, *penales y de procedimientos*: *derecho público*, y *derecho de gentes.*

Ley divina es la establecida por las sagradas escrituras y por la divina tradicion, segun lo revelado por Dios y determinado por la Iglesia.

Antes de definir la *ley natural* conviene advertir que la naturaleza inspira á los hombres el deseo de su propia conser-

vacion, y unos sentimientos internos por los cuales siente la fuerza de la justicia y de la equidad. Estos sentimientos son una participacion de la ley eterna ó razon soberana, una revelacion natural ó ilustracion divina comunicada á la naturaleza del hombre, de que resultaron deberes y preceptos.

Esto supuesto, *ley natural* es la que marca la justicia y la injusticia de las acciones, y las obligaciones y prohibiciones consiguientes con arreglo al dictámen de la recta razon independiente de establecimiento ó precepto explicado.

Si es relativa al hombre aislado, se suele llamar *ley natural innata, absoluta y permitiva*; y siendo relativa al hombre en sociedad ó en contacto con otros, se la distingue con los adjetivos de *racional, singular, hipotética, adquirida, derivativa, secundaria*; y tambien de *contratada*, si procede de contrato justo.

Ley eclesiástica es la establecida por los sumos pontífices y prelados de nuestra santa madre Iglesia en concilios, en sínodos, ó de otro modo legítimo cuanto al dogma, sacramentos, interior de las cos-

tumbres, organizacion, gobierno, administracion, policía y disciplina espiritual. En lo temporal, si tiene fuerza, emana ésta de la expresa ó tácita aprobacion de nuestros soberanos (1).

Derecho civil es la ciencia de lo que nos es permitido, podemos ó no podemos hacer los españoles en lo civil y relativo á nuestras personas, bienes y acciones, conforme á los principios de la recta razon y del mayor bien del estado marcados en las leyes vigentes del reino.

Ley civil es la prescrita ó admitida por nuestros soberanos para reglar nuestras acciones, libertades y prohibiciones en lo civil segun dichos principios.

De las diferentes leyes civiles solo deberá definirse la *no escrita*, si es que merece el nombre de ley, en que no formo empeño, la cual consiste en el uso y la costumbre.

Uso es la observancia de un órden cierto en los casos imprevistos por las leyes, al cual tambien llamamos *estilo*, y *práctica* en sus respectivas acepciones.

---

(1) Prólogo y ley 1. tit. 1. Partida 2.

Costumbre es el órden establecido por el largo uso, á veces modificando la ley escrita.

Para que el uso merezca observancia, se requiere que sea racional, útil, público, y con actos uniformes y continuados por tiempo suficiente para que deba presumirse la ciencia y aprobacion del soberano.

En la costumbre se requiere lo mismo, debiendo ademas datar su observancia de diez ó veinte años, sabiéndolo el rey, y no lo contradiciendo, si en este tiempo se juzgó dos veces segun ella, ó no se admitieron las razones opuestas para que no se observára (1).

No tengo por demas los veinte años que la ley detalla para la costumbre entre ausentes, como opinó Gregorio Lopez, pues si bien el pueblo nunca puede estar ausente, como él dijo, lo pueden estar algunos de él, y lo puede estar el legislador.

En la legislacion romana y en nuestro código de las Partidas se ha dado fuerza de ley al uso y á la costumbre (2). ¿Ten-

---

(1) Ley 1. á la 6. tit. 2. Partida 4.
(2) Ibi., y l. 32. 37. et 38. Dig. *de legibus.*

drán todavía la misma fuerza despues de la ley de D. Alonso (era 1386) confirmada en 1505 en las cortes de Toro; por Felipe V en 12 de Junio de 1714, y por Cárlos IV en 2 de Junio de 1805 (1)?

La opinion afirmativa está admitida bajo el principio de que, si estas leyes derogaron los usos y costumbres que expresan, existentes al tiempo, no quitaron ni podian al legislador su poder natural de restablecer su virtud en lo succesivo por aprobacion tácita (2).

De los usos y costumbres de algunas provincias, ciudades y clases procede un derecho conocido en España con el nombre de *Fueros*; y habiendo merecido la expresa, tácita ó legal sancion Real, se observan como leyes (3) en lo que estan vigentes.

No es peculiar de nuestra legislacion el tener por auxiliares al uso y á la costumbre, pues ninguna nacion les excusa,

(1) Ley 3. tit. 1. lib. 2.: Auto 2. tit. 1. lib. 2. y Real céd. puesta al principio de la Novís. Rec.

(2) Mesa, lib. 2. cap. 3. al 6.: Auto 1. y 2. ibi.

(3) Leyes 7. 8. y 9. tit. 2. Partida 4.: y Mesa, ibi cap. 6.

porque ningun código antiguo ni moderno ha previsto todos los casos y actos humanos, variables indefinidamente, ni se elevó al grado de perfeccion que se desea. No excluyo el de Francia, en que tambien hay vacíos y mejoras que hacer.

El derecho y leyes de comercio, las criminales y penales, y las de procedimientos ó juicios, no hay necesidad de definirlas.

Derecho público es la ciencia de lo que es justo y de lo que es injusto cuanto á la constitucion, organizacion, gobierno y administracion del estado, conforme á las leyes y á los pactos mantenibles y vigentes de incorporacion.

Las calidades, atribuciones, obligaciones, responsabilidad y prerogativas de las clases y de las autoridades públicas, pertenecen tambien á este derecho, del cual, segun mi plan, conviene escribir en tratados, que sean como ramificaciones del derecho civil.

Derecho de gentes es la ciencia de lo que es justo y de lo que es injusto de potencia á potencia, y de los súbditos de una á los de otra, conforme á los princi-

pios de la recta razon y conveniencia comun sancionados por los tratados y por el uso y la costumbre.

Tambien debe cumplirse lo que se previene por las autoridades establecidas en la esfera de sus atribuciones conforme á las leyes: el resistirlas como justicias es delito de lesa magestad, y se castiga con vergüenza y ocho años de presidio, ó mayor pena, si la resistencia fuese calificada (1).

Las cartas del Consejo en los asuntos que conoce y determina por sí solo, deben cumplirse por todos, eclesiásticos y grandes, como si fueran firmadas de S. M., bajo las penas que en ellas se pusieren (2).

A todo español es permitido informar á S. M. de palabra ó por escrito por la via reservada, sobre las leyes que convenga establecer, reformar ó derogar, haciéndolo con tal secreto que ningun otro lo sepa (3).

(1) Ley últ. tit. 22.; ley 8. y 29. tit. 4. lib. 9. Recop.: art. 12. del Real decr. de 4. de set. de 1825; y Dou, tom. 7. pág. 252.

(2) L. 29. tit. 4. lib. 2. Recop.

(3) L. 2. tit. 2. lib. 1. del Fuero Real: y Real ced. de 12. de julio de 1830. art. 8.

A los oidores está prevenido que informen al rey de las leyes que deban hacerse para acortar pleitos y evitar malicias (1).

A los corregidores y alcaldes mayores, que, poniéndose de acuerdo con los ayuntamientos, diputados y personeros del comun, den cuenta al Consejo de las ordenanzas municipales que contemplen convenientes se hagan ó reformen (2).

A los consejeros, que consulten con zelo, cristiana libertad, suma pureza, y sin humano respeto, lo que estimen conveniente, permitiéndoseles el replicar á S. M. si tienen por desacertadas sus resoluciones (3).

Estan prohibidas las representaciones de los pueblos, parte ó multitud de él, tropas ó gente armada, dirigidas á S. M. ó autoridades, como contrarias al órden y á la subordinacion, y por los incalcula-

---

(1) L. 7 tit. 1 lib. 2 Recop.

(2) Cap. 65 de la Real céd. de 15 de mayo de 1788.

(3) Real decr. de 24 de febr. de 1701; y Auto 70 tit. 4 lib. 2 Recop.

bles daños que suelen seguirse de las reuniones con el objeto de representar de esta manera (1).

Seccion III.

De la graduacion de las leyes.

El examen de la fuerza gradual y comparativa de las leyes en España ofrece cuestiones (2) á cada paso, que mal pueden resolverse sino por S. M. Prescindo por tanto de ellas, reduciéndome á exponer lo que está generalmente recibido.

Se juzga y debe juzgarse:

1.° Por las últimas leyes vigentes publicadas despues de la Recopilacion.

2.° Por las contenidas en la Recopilacion.

3.° Por las de Toro.

4.° Por las del Ordenamiento de Alcalá y demas ordenamientos.

5.° Por las del Fuero Real y demas fueros en cuanto están en uso.

---

(1) Real decr. de 4 de set. de 1825.

(2) Carta del P. Burriel á D. Juan de Anaya, pág. 4 á la 218.

6.º Por las de las Partidas.

No estando decidido el caso que debe ser juzgado por las leyes indicadas, y no siendo grave, en los juzgados y tribunales se atiende al uso y á la costumbre:

A la interpretacion usual y doctrinal de los autores nacionales:

A las leyes romanas y eclesiásticas en cuanto se conforman con los principios de las nuestras y con la razon, y en cuanto estan admitidas expresa, tácita ó legalmente por nuestros soberanos.

No pudiendo decidirse por ninguno de los medios expresados, y sobre todo, concurriendo la circunstancia de gravedad, debe consultarse á S. M. por el órden establecido.

SECCION IV.

De la derogacion y cesacion de las leyes.

La ley pierde toda su fuerza:

1.º Por derogarla el legislador (1) expresa, tácita ó legalmente.

(1) L. 238 del Estilo.

2.° Por el establecimiento de otra nueva que la contraría.

3.° Por la dispensacion en su observancia.

4.° Por haber cesado la causa y razon de su establecimiento.

5.° Siendo temporal, por haber pasado su tiempo.

6.° Siendo privilegio, por la expresa ó tácita renuncia del privilegiado.

7.° Siendo uso ó costumbre, por otro uso, costumbre ó ley posterior (1).

Las leyes divinas y las naturales, como emanan de Dios, no hay poder en la tierra para derogarlas ó corregirlas, y sí solamente para interpretarlas.

Las fundamentales y las eclesiásticas no pueden derogarse tampoco sino por la respectiva autoridad legislativa.

Para hacer la ley, derogarla ó dispensar de ella con las consultas ordinarias, se requieren las dos partes de votos de los que se hallaren presentes en el Consejo, y la sancion de S. M. (2)

---

(1) L. 6 tit. 2 Part. 1.
(2) Ley 8 tit. 1 lib. 2 Recop.

SECCION V.

De la interpretacion de las leyes.

Se duda á veces cual es la genuina disposicion de la ley; y en tal caso es necesario recurrir á la *interpretacion.*

Se divide ésta comunmente en *auténtica*, *doctrinal* y *usual.*

Auténtica, es cuando el mismo legislador declara las dudas.

Cuando la disposicion y voluntad del legislador no está tan obscura y dudosa en la ley, que no pueda conocerse claramente por las reglas de la recta interpretacion, tiene autoridad el juez para aplicarla en el recto sentido que la ha interpretado, que es lo que se llama *interpretacion doctrinal.*

La subdividen los doctores (1) en *ampliativa*, *ilativa* ó *comprensiva*, *restrictiva*, y *explicativa* ó *declarativa.*

Ampliativa es cuando por un caso de-

---

(1) Wolf. *Jus Nat.* part. 8 §. 828 al 831; Heinec. lib 1 tit. 1, §. 26 al 30.

finido expresamente en la ley, se juzgan otros semejantes.

Ilativa ó *comprensiva*, es cuando por la razon manifiesta que motivó la ley, se juzgan los demas casos en que milita igual razon.

Restrictiva, es cuando aplicamos las disposiciones generales de la ley á los casos particulares que comprende.

Explicativa ó *declarativa*, es cuando por el puro significado de las palabras de la ley interpretamos su verdadero sentido.

Si la ley se ha interpretado siempre de un modo, se llama *interpretacion usual*. Originariamente esta interpretacion es la *doctrinal*, que por su larga observancia pudo adquirir la virtud legal de la costumbre.

¿Puede juzgarse segun las expuestas interpretaciones? La opinion afirmativa está admitida en España (1), y generalmente en toda Europa, y aun se estima

---

(1) Regla 36 tit. últ. Part. 7: §. 6 de la pragm. de 12 de marzo de 1771: l. 12 Dig. *de leg.*: Molin. *De Hisp. primog.* lib. 1 cap. 5 ex num. 7: Gutier. *Pract.* lib. 3 q. 17 num 78: Castillo, lib. 3 cap. 28 num. 22: y lib. 5 capit. 169 ex num. 18.

reprensible el molestar á S. M. con consultas innecesarias; mas como estas interpretaciones no salen, ni pueden, de la esfera de opiniones particulares, de aqui es la libertad que tienen las partes que litigan de no conformarse con las sentencias ó dictámenes de los jueces que fallan segun ellas, y apelar, y en algun otro caso de suplicar á S. M. que declare la ley.

No pudiendo conocerse con certidumbre cual fue la voluntad del legislador por las reglas de la recta interpretacion *doctrinal*, debe juzgarse por la *usual*: y si ésta no existe ó no satisface al juez por falta de alguno de los requisitos necesarios para graduarse de costumbre, debe consultarse á S. M. (1).

Las disposiciones de los particulares estan tambien sujetas á la interpretacion, pero bajo distintos principios (2); de que se tratará á su tiempo.

---

(1) L. 14 tit. 1 Part. 1: 3 tit. 1 lib. 2 Recop.: Auto acord. 1 tit. 1 lib. 2.

(2) Wolf. *Jus Nat.* part. 6 cap. 3.

SECCION VI.

De la publicacion, de los efectos, y de la aplicacion de las leyes en general.

Ninguna ley, regla ó providencia general nueva debe ser creida ni ejecutada, no estando intimada ó publicada por pragmática, cédula, provision, órden, edicto, pregon ó bando de las justicias ó magistrados públicos.

El que se arrogare la facultad de ponerlas en ejecucion sin preceder algunas de estas circunstancias y requisitos, será perseguido y castigado por las justicias ordinarias como conspirador y reo de estado, valiendo contra él pruebas privilegiadas (1).

La publicacion de leyes, cédulas y demas órdenes generales se hace por las chancillerías y audiencias, que las comunican á los corregidores: estos las hacen reimprimir para enviar los competentes

(1) Auto acord. de 1.° de abril de 1767.

ejemplares á cada uno de los pueblos de sus distritos por el correo ó veredas; y el costo de la impresion se suple de los propios de la capital, prorateándolo despues entre los pueblos del partido, que reintegran lo que les toca de los suyos ó de otro cualquiera fondo comun, contribuyendo la capital con el tanto correspondiente (1).

En los pueblos que carecen de propios y fondos, se paga por repartimiento vecinal.

Las que tengan relacion con el interés público, y su cumplimiento pertenezca en general á los pueblos, se fijen literales en los sitios ó parages públicos de costumbre, y se hagan ademas notorias por la voz pública en donde la hubiere (2).

Las relativas al estado, hacienda, guerra y marina, se comunican por los respectivos ministerios y magistrados.

Las leyes deben prescribir y mandar lo que requiere el bien general, sin meterse en los bienes de los particulares, en sus personas y acciones, si no es en lo

(1) Real decr. de 22 de nov. de 1770; y circ. del Consejo de 10 de dic. de 1827.

(2) Real ord. de 5 de jul. de 1824.

que concierne al órden público y al uso mas útil á la sociedad. El poder legislativo, así como el dominio é imperio eminente de los soberanos, no son el derecho de propiedad, que queda sagrado en la persona del ínfimo particular (1).

El amor y el interés individual y comun, reglados por la religion, por la moral y por las leyes, son los principales resortes para mantener la accion y la union de la sociedad; mas para su perfeccion se requiere que la educacion, las costumbres, la organizacion, el gobierno, la administracion y el poder ejecutivo del estado marchen á su par y con concierto y equilibrio. Sin estos requisitos, los mejores estatutos y las teorías mas imponentes serán inútiles, si tal vez no trastornan la máquina social, y no se convierten en objetos de execracion.

Bien persuadidos de estas verdades nuestros legisladores han establecido, que toda ley, para tener fuerza de tal, es necesario:

1.° Que sea justa, honesta, y que se dirija al bien comun de la sociedad.

---

(1) L. 2 tit. 1 Part. 2.

2.° Que se ordene con pleno conocimiento de la materia sobre que recae, y consideracion al lugar, al tiempo, al genio, religion, costumbres é inclinacion de los súbditos.

3.° Que proporcione el fin deseado por medio de providencias suaves, naturales y justas.

4.° Que deje á los jueces el menor arbitrio posible.

5.° Que sea clara, manifiesta, inteligible de todos, y posible (1).

En los casos que siguen podrán las autoridades, bajo su responsabilidad, suspender, hasta que reciban segundo decreto, la publicacion, ejecucion y cumplimiento de las leyes que se les cometen, representando á S. M. el motivo de la suspension:

1.° Si la ley fuere injusta, inhonesta, contraria á la ley de Dios, al derecho natural, ó en daño del estado (2).

2.° Si fuere contra derecho ó fuero usado (3).

(1 y 2) L. 18 tit. 1 Part. 1, y 29 y 30 tit. 18 Part. 3.

(3) L. 28 y 29 ibi. y 1 y 2 tit. 14. lib. 4. Recop.

3.° Siendo en perjuicio de tercero sin oirle, privándole de pedir los bienes usurpados (1).

4.° Si el rey hace merced de ciudad, villa, lugar ó jurisdiccion, no siendo en los términos y con las formalidades que prescriben las leyes del reino (2).

5.° Si el rey, sin acuerdo del Consejo, da por nulos los procesos pendientes en las audiencias, ó las manda sobreseer, ó saca los pleitos de sus tribunales (3); pero pidiendo informe solamente, se le debe remitir sin sobreseer, á no ser que se mande lo contrario (4).

6.° Siendo negocio de justicia, si se proveyere por la Cámara y no por el Consejo (5).

7.° Siendo contra gracia ó merced hecha por el rey, salvo haciendo mencion de la gracia, y ordenando que no valga (6).

---

(1) L. 30 y 31 tit. 18 Part. 3: l. 2 y 10 Recop. ibi: y 3 tit. 25 lib. 8.

(2) Leyes 1, 2 y 3 tit. 10 lib. 5 Recop.

(3) Leyes 6 y 8 tit. 14 lib. 4 Recop., y 23 tit. 5 lib. 2.

(4) L. 9 ibi: *Teatro* art. CEDULAS: y Real cédula de 11 de enero de 1770.

(5) Ley 11 tit. 4 lib. 2 Recop.

(6) L. 39 tit. 18 Part. 3.

8.º Despojando á alguno de sus bienes por traicion, en cuyo caso, compareciendo personalmente para justificarse, se le debe oir, salvo si la traicion es notoria, y el rey está bien cierto de ella (1). Entiéndase que esta notoriedad ha de ser de hecho, por actos evidentes, de cuya certeza ninguno duda; ó de derecho, por confesion del traidor, ó por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

9.º Siendo obtenidas diciendo mentira, ó encubriendo la verdad (2).

10.º Siendo indulto á reos de crímen de lesa magestad divina ó humana, de alevosía, homicidio de sacerdote, fabricacion de moneda falsa, de incendiario, de extraccion de cosas prohibidas del reino, de blasfemia, de sodomía, de hurto, de cohecho ó baratería, de falsedad, de resistencia á la justicia, de desafio, y de mala versacion de la Real Hacienda.

Habiendo parte agraviada, aunque se procediese de oficio, tampoco se debe cumplir el indulto sin que preceda per-

---

(1) Ley 3 tit. 18 lib. 8 Recop.
(2) Ley 36 tit. 18 Part. 3.

don suyo; y si hay interés ó pena pecuniaria en favor de tercero, sin que se satisfaga ó perdone (1).

Si, no obstante la representacion, mandare S. M. que se cumpla lo mandado, así se ejecutará, avisándole de ello (2).

Acaeciendo un caso extraordinario, imprevisto y tan perentorio, que no dé tiempo para consultar á S. M., si de la observancia de la ley se siguen daños graves, ¿será lícito á los súbditos no observarla cuando así se estime lo mandaría el soberano por las poderosas y evidentes razones que concurren?

La opinion afirmativa es la comun (3), aunque arriesgada, y que solo puede justificarse por circunstancias muy imperiosas.

Si los tribunales superiores expidiesen provisiones que no sean de derecho, los jueces inferiores deben obedecerlas, y no cumplirlas, representando el motivo (4).

---

(1) Leyes 1, 2 y 3 tit. 25 lib. 8 Recop., y Real órden de 17 de octub. de 1771.

(2) L. 29 tit. 18 Part. 3.

(3) Castillo, lib. 7 cap. 8 y 9, con Valenzuela, Velazquez, Ceballos y otros.

(4) Real céd. de 11 de ener. y 28 de junio de 1770.

Por convenciones particulares no se derogan las leyes que interesan el órden público y las buenas costumbres (1); pero se derogan las demas (2) no estando expresamente prohibida su renunciacion.

El conocimiento sobre la ejecucion de Reales provisiones, cédulas y autos acordados circulares, toca á las justicias ordinarias, y en apelacion á las chancillerías y audiencias, salvo si expresamente estuviese reservado al Consejo (3).

La disposicion de la ley se entiende para los casos venideros, y no se extiende á lo pasado, á menos que expresamente lo comprenda. Es decir, que no suele tener efecto retroactivo (4).

Las leyes de obediencia y sumision á nuestro soberano, y las de policía y seguridad, obligan á todos los que habitan la España, aunque sean extrangeros transeuntes (5).

Los bienes inmuebles, aun los que

---

(1) L. 28 tit. 11 Part. 5.
(2) L. 238 del Estilo.
(3) Céd. de 7 de noviemb. de 1771.
(4) L. 200 del Estilo.
(5) Circular del Consejo de 25 de agosto de 1771, conforme á varias leyes del reino.

poseen los extrangeros, se gobiernan por las leyes de España (1).

Si la ley general no prefija tiempo, es ejecutiva en todo el territorio español desde su promulgacion (2), y comprende á todos los súbditos del legislador, hombres y mugeres, sabios y simples, y á los habitantes en yermo y en poblado (3).

Tambien comprende á los extrangeros por contrato hecho ó delito cometido en territorio de España (4).

No comprende ni en lo civil ni en lo penal al loco, por los hechos y delitos durante el furor ó falta de juicio.

Al pupilo ó muchacho menor de catorce años, y muchacha menor de doce en los delitos carnales.

A los mismos en los demas delitos, cometiéndolos antes de la edad de diez y medio años.

No teniendo los catorce, no se les

---

(1) L. 2 y 5 tit. 1 Part. 2, y Auto acordad. 22 tit. 4 lib. 6.

(2) Ley 5 tit. 1 lib. 2 Recop.

(3) Ley 1 ibi: ley 1 tit. 4. lib. 1 del Ordenamiento Real, y 15 y 20, tit. 1 Part. 1.

(4) D. ley 15, y Real céd. de 24 de octub. de 1782.

puede castigar por el perjurio; y desde las edades marcadas hasta los diez y siete años cumplidos se les debe menguar la pena impuesta á los mayores por el yerro.

Tambien se excusan de la pena de la ley por ignorancia de ella el soldado cuando está en el ejercicio de las armas, el rústico y el pastor habitantes en despoblado, siendo delitos cuya maldad no debiesen conocer (1).

El juez que á sabiendas por amor ú odio juzgase un pleito contra derecho, pague á la parte de lo suyo otro tanto con daños, menoscabos y costas: quede infamado para siempre, y se le quite el oficio.

Si lo hiciese por necedad ó por no entender el derecho, pague el menoscabo, y todo el daño y perjuicio que se juzgue por los magistrados.

Si fue por don ó promesa, volverá el cuatro tanto, ademas de la privacion de oficio ó inhabilitacion perpétua para ejercer otro de justicia, quedando al arbitrio

(1) L. 21 tit. 1 Part. 1: 17 tit. 11 Part. 3: 17 tit. 14, y 8 tit. 31 Part. 7: Don, tom. 7 pág. 122 y 123.

de S. M. la mas pena que mereciere segun la cuantía de lo que tomó (1).

Si la sentencia, juicio ó providencia del juez ha sido con acuerdo y parecer de asesor, éste es el solo responsable, y no el juez, no probándose ó no constando que en el nombramiento y acuerdo hubo colusion ó fraude (2).

Para probar el soborno ó cohecho y las estafas, en defecto de prueba plena, bastan tres testigos singulares, siendo de crédito y con presunciones; pero no cobren lo que dieron, porque no digan falsedad por codicia, salvo si lo prueban plenamente. El delator queda indultado de la pena que mereciere por haber sobornado al juez, que es la de falsario (3).

En las mismas penas incurren los jueces que por malicia, omision ó condescendencia permiten que reciban dones ó



(1) L. 24 tit. 22 Part. 3: 1 tit. 20 del Ord. de Alcalá: 1 tit. 6, y 5 tit. 9 lib. 3 Recop.; y cap. 9 de la Real céd. de 15 de mayo de 1788.

(2) Real céd. de 22 de set. de 1793.

(3) L. 2 tit. 20 del Ord. de Alcalá, y la 6 tit. 9 lib. 3 Recop.

regalos sus mugeres, hijos y demas familiares y domésticos (1).

Si el fallo del juez contra derecho ha sido en pleito criminal, su pena puede ser hasta la de muerte, destierro y confiscacion de bienes (2).

---

(1) Cap. 10 de la Real céd. de 15 de mayo de 1788.

(2) L. 25 tit. 22 Part. 3; ley 5 tit. 4 lib. 7 del *Fuero Juzgo*.

LIBRO PRIMERO.

De las personas.

TITULO PRIMERO.

Del goce y privacion de los derechos civiles.

El ejercicio de los derechos civiles es independiente de la cualidad de español y derechos públicos inherentes, generales ó particulares que pueden competirle, como natural, de estado privilegiado, cualidad que no se adquiere y no se conserva sino conforme á las leyes generales y á los fueros vigentes de cada reino, señorío, principado ó provincia de las que componen la monarquía española.

En el capítulo de los extrangeros se

tratará de sus derechos civiles, y de los públicos generales de que no gozan.

Se pierden los derechos públicos por la naturalizacion en pais extrangero sin esperanza de volver.

La viuda de un extrangero recobrará la cualidad de española, si vuelve y fija su domicilio en España (1).

Los infames de hecho ó de derecho, declarados por tales en las leyes del reino, pierden los derechos públicos en cuanto á empleos honrosos, honores y dignidades, que no pueden obtener ni conservar.

No pueden ejercer la abogacía, ni ser acusadores ni testigos, no siendo sobre traicion al rey ó su reino.

Pueden ser procuradores, tutores testamentarios, y no de otra clase ni curadores.

Pueden ser jueces árbitros, y usar de otros oficios para bien del rey y del comun (2).

El castigo corporal, mandado por sentencia de juez competente, lleva consigo

(1) Ley 9 tit. 11 lib. 2 Recop.
(2) L. 1 tit. 5. y 7 tit. 6 part. 7.

la infamia, y lo mismo la sentencia condenatoria por traicion, falsedad, adulterio, hurto, rapiña, por comprar oficios de jurisdiccion, por usurero, por pecado nefando, y por otros delitos infamatorios segun las leyes (1). Es igualmente infame el reo confeso ó aprehendido en estos delitos (2).

Si la sentencia condenatoria se revocase en segunda instancia, se quita la infamia (3).

La condenacion á destino temporal ó perpétuo á algun lugar, no es muerte civil, y el condenado retiene su nobleza, su libertad compatible con la condena, la patria potestad en sus hijos, y tambien los bienes de que no fue privado por la sentencia (4).

Por el indulto del rey antes de sentenciarse al reo, queda libre de pena, y restituido con sus bienes á su antiguo estado; y por el posterior se libra de la pena cor-

---

(1) L. 5 tit. 6 Part. 7, y ley 7 tit. 3 lib. 7, 5 tit. 6, y 1 tit. 21 lib. 8 Recop.

(2) Dicha ley 5 de Part.

(3) L. 6 tit. 6 Part. 7.

(4) L. 3 tit. 18 Part. 4.

poral, mas no recobra la ſama y bienes perdidos por efecto del juicio, salvo si en el perdon se manda expresamente la reintegracion de todo, y su restitucion al primer estado (1).

TITULO II.

De las actas del estado civil.

Por *acta* entiendo aqui todo escrito que por sí solo prueba, segun ley, los acuerdos, los pactos, las promesas, la clase ó el estado á que pertenecen los españoles.

Las actas relativas á tratados de potencia á potencia, á instrumentos, su ſe y pérdida, á los padrones de clases nobles y generales, y otras á este tenor, pertenecen á tratados y leyes que les son particulares.

---

(1) L. 2 tit. 32 Part. 7.

CAPITULO I.

De las actas de nacidos, casados y muertos.

Por nuestra legislacion no se han erigido establecimientos generales sobre las actas de nacimiento, matrimonio y muertos.

Consiguiente á lo acordado por el santo concilio de Trento con objeto espiritual, aunque con lentitud, se formaron en cada parroquia los libros que prescribió, en que los párrocos escriben el nombre del bautizado, casado ó muerto, con lo demas que voy á expresar; mas careciendo de autenticidad estas partidas, no hacen en lo temporal prueba plena, sino semiplena ó adminiculativa, en caso que los libros no sean defectuosos ó sospechosos atendidas las circunstancias (1).

El cura párroco tenga libro de bautizados, en el cual asiente el nombre de la criatura que bautizáre y de sus padres y

(1) Castillo, lib. 5 cap. 104 num. 10; y Eliz. tom. 4 pág. 244, edic. sexta, con Wan-Spen y Luca.

padrinos, con dia, mes y año, y fírmela de su nombre (1).

Siendo el niño hijo ilegítimo, no expresará el cura el nombre del padre sin que él mismo concurra por sí personalmente, ó por escrito, ó por persona fidedigna y de satisfaccion del cura á declararlo, anotándolo así en el libro.

No compareciendo, pondrá en la partida que bautizó á un niño cuyo padre no se sabe; y lo mismo de la madre, si no consta quien sea (2).

De los bautizados hijos de matrimonios ocultos debe el cura formar la partida, y remitirla extractada del libro por persona eclesiástica de su confianza, ó por sí mismo entregarla al ministro eclesiástico diputado por el obispo, para que la ponga en el libro secreto de bautizados del archivo episcopal, conforme á lo dispuesto en la encíclica de Benedicto XIV, cuyo libro no debe manifestarse sino en la mayor necesidad (3). Estos matrimonios, sien-

(1) Conc. Trid. ses. 24 cap. 2; Synod. Comp. const. 11.

(2) Synod. Comp. const. 14.

(3) Eliz. tom. 7 cap. 10 num. 15.

do de hijos de familia, sin noticia y consentimiento de sus padres, estan prohibidos por la pragmática de 23 de marzo de 1776 y por otras leyes reales y eclesiásticas.

El nacimiento del niño ó niña debe ser anunciado al cura por el padre, y en su defecto por las personas que asistieron al parto, ó por el dueño de la casa en que parió la madre, si no se hallaba en su domicilio; y tambien sería conveniente interviniesen testigos, y que se les nombrase en la partida.

El matrimonio, antes de contraerse, debe anunciarse al pueblo por el cura ó curas de los contrayentes en tres dias festivos seguidos, al ofertorio de la misa mayor, ó de la señalada por las respectivas sinodales (1). El ordinario puede dispensar en esta formalidad, si hay causa justa para omitirla (2).

Los curas tengan libro en que escriban los nombres, apellidos y vecindad de

(1) Conc. Lateran. *de clandest. despons.* capit. 3 Trid. ses. 24 cap. 1; y ley 1 tit. 3 Part. 4.

(2) Conc. Trid. ibi.

los que casaren en su parroquia, con igual expresion de los padrinos y de los testigos que lo han sido del matrimonio, y del dia y lugar en que se contrajo (1).

Otro libro deben tener los curas, en que asienten las partidas de los muertos, expresando el dia y lugar en que fallecieron, sus nombres y apellidos (2).

CAPÍTULO II.

De la exhibicion de actas é instrumentos.

El que tenga carta de testamento ó de otra manda, debe manifestarla en juicio á pedimento del que alegue ser heredero escrito, ó tener alguna manda en ella.

Si uno de muchos herederos tuviere la carta ó testamento correspondiente á la herencia, será obligado á mostrarla cuando otro de ellos la pida para la averiguacion de alguna cosa; y lo mismo se hará en casos semejantes.

---

(1) Conc. Trid. ses. 24 cap. 1; Syn. Comp. cap. 12.

(2) Syn. Comp. const. 22.

Tambien el vendedor debe mostrar al comprador las cartas y título que tenga de la cosa vendida, para que pueda defenderse de los que se la demanden, ó probar, en caso de duda, sus límites ó mojones; y lo mismo debe hacer el obligado por carta al saneamiento de ella.

Igualmente son obligados el acreedor á entregar á su deudor la carta de la deuda despues de pagada: el compañero á dar las cartas de las cuentas comunes: el personero todas las respectivas al pleito de su encargo: el tutor, las pertenecientes á las cosas del huérfano; y el mayordomo y maestro de moneda y de otras obras, á entregar las cuentas y sus recados.

En estos y otros casos semejantes son obligados á mostrar en juicio las cartas ó escritos los que las tengan, así á pedimento de los dueños de ellas, como de cualquiera otro que tuviere justa razon para demandarlas.

Asimismo deben los escribanos públicos manifestar sus registros á todos aquellos á quienes pertenezcan sus notas, por cuanto son como sirvientes para escribirlas por mandato de otro, y fieles para

guardarlas y mostrarlas lealmente donde se necesiten (1).

Tanto al actor como al reo se les debe obligar y compeler á que exhiban los instrumentos y documentos que tuvieren cuando conviene su vista para no arriesgar la justicia del procedimiento y juicio, sea pidiéndolo una parte, ó de oficio (2).

Si aquel á quien se manda exhibir un documento, dice que no le tiene, antes de apremiarle debe constar suficientemente que le tiene (3).

TITULO III.

CAPÍTULO I.

De los extrangeros.

Todos los habitantes del globo constituimos una gran familia y sociedad, y nos

(1) L. 17 tit. 2 Part. 3.
(2) Decis. S. Rotæ 5 *de probat. in novis.* Castillo, lib. 8 cap. 20 num. 34.
(3) Castillo ibi num. 36.

debemos mútuos socorros, afecto y beneficencia (1). En esta sociedad no hay extrangeros, cuyo nombre se instituyó despues de la formacion de los estados.

Los extrangeros en España deben ser tratados y juzgados conforme á los pactos existentes con el gobierno de la nacion á que pertenecen (2).

Si, no obstante estar pactado que los súbditos de cada potencia sean remitidos á los respectivos tribunales de su nacion para que los juzgue, la potencia extrantrangera juzgase á los españoles, las justicias españolas usarán de reciprocidad, juzgando igualmente á los extrangeros transeuntes ó domiciliados que hayan delinquido, formándoles causa, é imponiéndoles las penas correspondientes segun las leyes del reino (3).

Los alcaldes del crímen, cada uno en su respectivo cuartel; y no habiendo tribunal en la ciudad, el corregidor por medio de los alcaldes de barrio, si los hubiere, y si no el corregidor, y por

(1) Joan. 17, 21; y 15, 12.
(2) Auto acord. de 7 de julio de 1727.
(3) Real céd. de 24 de octubre de 1782.

no haberlo, la justicia, por el método con que ejecutan los estados del vecindario, deben formar matrícula ó lista de los extrangeros existentes en su jurisdiccion, con distincion de los que fueren avecindados ó transeuntes, y expresion de sus nombres, pátria, religion, y motivo de residir en España.

El extrangero está obligado á declarar su voluntad de residir en España como avecindado ó como transeunte.

Declarando querer residir como avecindado, y por consiguiente en clase de súbdito, tiene que hacer juramento ante la respectiva justicia en la forma siguiente: "que jura observar la religion católica, y guardar fidelidad á ella y al rey nuestro señor; y quiere ser su vasallo, sujetándose á las leyes y prácticas de estos reinos, renunciando como renuncia á todo fuero de extrangería, y á toda relacion, union y dependencia del pais en que nació; y promete no usar de la proteccion de él, ni su embajador, ministro ó cónsules: todo bajo la pena de galeras, presidio ó expulsion absoluta de estos reinos y confiscacion de sus bienes, segun

la calidad de su persona y de la contravencion."

Esta renuncia á toda relacion y dependencia del pais nativo, se entiende en las materias políticas, gubernativas y de sujecion civil; pero no en las domésticas y económicas de los bienes, y comercio de cada uno, y de sus personas y parentelas.

Para proceder á la imposicion de dichas penas en lo corporal y de confiscacion, han de preceder las pruebas y conocimiento de causa que previenen las leyes, consultando las justicias ordinarias á los tribunales superiores del territorio, como las mismas leyes mandan, antes de la ejecucion de la sentencia.

Los extrangeros que se declaren transeuntes, y estén autorizados para permanecer en España, ó por tener real licencia, ó conforme á los tratados con sus gobiernos, no están obligados á hacer el juramento de súbditos, ni por consiguiente el de vasallage ó fidelidad; pero deben jurar respeto, sumision y obediencia al soberano y leyes del pais en cuanto mira á su política, gobierno y

tranquilidad, y evitar el daño de tercero (1).

Aunque el extrangero no se declarase avecindado, ni prestase el juramento de tal, se tendrá por vecino

El que tiene privilegio de naturaleza:

El que nace en el reino:

El que en él se convierte á la católica religion:

El que viviendo sobre sí, establece su domicilio:

El que se casa con muger natural, y vive domiciliado. Si la muger no es natural, se hace del fuero y domicilio de su marido.

El que adquiriendo bienes raices se arraiga:

El que ejerce los oficios de banqueros, mercaderes de tienda y varéo, ó comerciantes de por menor, tendero, carpintero, peluquero, sastre y otros oficios inferiores de artesanos y menestrales, como tambien los de arquitectos, pintores, bordadores, escultores, jueces, abogados, procuradores, médicos, cirujanos, albéitares, y otros profesores semejantes, inclu-

(1) Real céd. é instr. del Consejo de 20 de julio de 1791; y Cartas circ. de 29 de julio, 1, 3 y 25 de agosto, y de 2 de set. de dicho año.

yendo los cargos de criados de súbditos del rey, y no de extrangeros transeuntes, si sus amos están habilitados para residir en estos reinos, ó por tratados, ó por licencia de S. M.; porque estas ocupaciones y destinos solo se permiten á los naturales del reino, ó á los extrangeros avecindados:

El que goza de pastos y comodidades propias de los vecinos:

El que mora diez años en casa poblada:

El que se avecinda:

El que adquiere naturaleza ó vecindad por otro título suficiente segun derecho comun ó real.

Los que se hallen en estos casos, están sujetos á las mismas cargas y leyes que los naturales (1).

Se exceptúa el servicio militar, de que están exentos tanto los padres extrangeros, como sus hijos, si se ocupan en los oficios de aquellos, ó en otra industria provechosa al estado (2).

---

(1) L. 2 tit. 124: Auto acord. 22 tit. 4 lib. 6: Carta circ. del Consejo de 2 de set. de 1791: y Real órd. de 11 de agosto de 1824.

(2) Real céd. de 6 de junio de 1773.

Los extrangeros no pueden ser alcaldes, ni tener otros oficios de gobierno en España (1).

Tampoco pueden gozar beneficio ni pension eclesiástica, no siendo nacidos en estos reinos y de padre domiciliado diez años; ó, siendo espurio, de madre en quien concurran las mismas cualidades, á no ser que obtengan carta de naturaleza, la cual se presente en el Consejo dentro de dos meses, y merezca ser refrendada por él (2).

Asimismo no pueden entrar en las Indias, ni tratar en ellas sin habilitacion de S. M. (3).

Los extrangeros que hayan obtenido naturalizacion ó vecindad en España por los medios que están prescritos en el derecho, podrán ejercer libremente el comercio con los mismos derechos y obligaciones que los naturales del reino.

Los extrangeros que no hayan obtenido la naturalizacion, ni el domicilio le-

---

(1) Ley 2 tit. 3 lib. 7 Recop.
(2) Leyes 14 y sig. tit. 3 lib. 1 Recop.
(3) Leyes 1 y sig. tit. 27 lib. 9 Recop. de Indias.

gal, podrán ejercer el comercio en territorio español, bajo las reglas convenidas en los tratados vigentes con sus gobiernos respectivos; y, en el caso de no estar estas determinadas, se les concederán las mismas facultades y franquicias de que gocen los españoles comerciantes en los estados de que ellos proceden.

Todo extrangero que celebra actos de comercio en territorio español, por el mismo hecho se sujeta, en cuanto á ellos y sus resultas é incidencias, á los tribunales españoles, los cuales conocerán de las causas que sobrevengan, y las decidirán con arreglo al derecho comun español y á las leyes de su código de comercio (1).

CAPITULO II.

De las personas que sirven.

Hay personas libres, y personas que sirven. Son libres las que no tienen mas superior que las leyes y los justos deberes

(1) Art. 18, 19 y 20 tit. 1 del Cod. de com.

y obligaciones que aquellas les imponen (1).

Sirven las que tienen que prestar sus obras á beneficio y voluntad de otro.

Si este servicio es necesario y perpétuo, sin mas retribucion de parte del que le recibe que los simples alimentos, las personas que le prestan se llaman *esclavos*.

Si es voluntario y temporal, comprende muchas clases y personas, con especialidad criados y jornaleros.

SECCION I.

De los esclavos.

La esclavitud en algunas naciones parece comenzó cuando hubo poder para hacer esclavos, y utilidad en conservarlos. Los egipcios se servian de ellos en tiempo de los patriarcas: la Cólchida los pagaba en tributo á los persas: los antiguos bretones los daban á los negociantes de Vannes en trueque por utensilios de barro: y entre los griegos, romanos y godos eran

(1) L. 1 tit. 22 Part. 4. y regla 1 tit. 34 Part. 7.

innumerables los infelices que vivian en la esclavitud mas dura. Esta institucion se ha conservado hasta nuestros dias, en que ha sido abolida para siempre por el augusto congreso de soberanos en Viena de 8 de febrero de 1815, á que se adhirió nuestro gobierno desde el 30 de mayo de 1820 (1).

La esclavitud que sostuvieron tantos siglos los marroquíes, argelinos, tripolinos y tunecinos estaba abolida tambien por tratados con nuestro gobierno. Ahora ha concluido su execranda existencia de un modo mas satisfactorio para la Europa y para los habitantes de esta parte del Atlas.

Seccion II.

De los criados.

Criados son las personas que sirven por su salario: y bajo este nombre se comprenden los pages, volantes, y todos los demas de librea ó sin ella; pero no los artesanos y menestrales, ni sus aprendices y oficiales.

(1) Real céd. de 19 de diciemb. de 1817.

El origen de esta servidumbre es la necesidad é interés de unos en servir, y en los otros la de ser servidos; y su uso se aumentó á proporcion de la abolicion ó disminucion de la esclavitud.

Este contrato tiene mucha afinidad con el de arrendamiento, en cuanto el criado arrienda al amo sus obras, y este se sirve de ellas bajo la retribucion de alimentos y salario.

Por consiguiente los pactos entre amo y criado deben cumplirse, no siendo reprobados por la ley; y no habiéndose pactado cosa alguna, las obligaciones respectivas deben reglarse prudencialmente atendida la costumbre y la naturaleza del destino y del servicio (1).

Si por impericia, culpa ó negligencia del criado en el cumplimiento de un deber pactado ó de costumbre se siguiere algun daño al amo, está obligado aquel á resarcirlo (2).

Otro deber de los criados es el amor, obediencia y respeto á sus amos. En con-

---

(1) L. 2 y 4 tit. 8 Part. 5: l. unic. tit. 16 del Ord. de Alcalá: y 2 tit. 16 lib. 5 Recop.

(2) L. 7 tit. 8 Part. 5.

sideracion á él no pueden acusar á sus amos sobre delito ó hecho de que les pueda venir muerte, perdimiento de miembro, de su fama, ó grande partida de haber; y su acusacion no debe ser admitida; y ademas el criado acusador debe morir por ello, salvo persiguiendo su propia injuria, ó traicion al rey ó reino (1).

El sirviente está obligado á ayudar con armas á su señor ó señora y á sus hijos cuando alguno los quiera matar ó herir, y no pudiendo otra cosa, con voces pidiendo socorro. De lo contrario, no teniendo legítima excusa, muera por ello.

Esta pena no se entiende con el sirviente menor de catorce años, con el viejo, ni con el mudo, ó el que estaba preso ó encerrado mientras mataban ó herían á su amo (2).

El criado que injurie á su amo poniendo en él las manos, ademas de la pena ordinaria de tal delito, sea habido por aleve como que quebranta la seguridad y fidelidad.

---

(1) L. 6 tit. 2 Part. 3.
(2) L. 16 tit. 8 Part. 7.

Si no pone las manos, y echase mano á la espada ó armas, si es hidalgo, ademas de la pena ordinaria, esté en la cárcel treinta dias, y se le destierre por dos años; y no siendo hidalgo, ademas de dichas penas, se le traiga á la vergüenza.

Si las injurias fuesen solo de palabra, las justicias procederán á su arbitrio (1).

El criado ó persona que sirviere, en cualquier servicio ó ministerio que sea, que se envolviere, y tuviere acceso carnal con alguna muger, ó criada, ó sirvienta de la casa de su amo, no siendo hidalgo, le sean dados cien azotes públicamente, y se le destierre por dos años, sufriendo la criada ó muger la misma pena; y siendo hidalgo, le saquen á la vergüenza, desterrándole por un año del reino, y por cuatro del lugar del delito.

Siendo parienta del amo, ó doncella que cria en su casa, ó ama que le cria su hijo, se hará justicia con mas rigor.

En la misma pena incurren los criados ó criadas que fuesen terceros ó me-

(1) L. 3 tit. 20 lib. 6 Recop.

dianeros para que otros de fuera de casa cometiesen este delito (1).

Ninguno compre á criado ó criada cosa de comer, ni cebada, paja, leña ni otras cosas de servicio y alhajas de casa, pena de ser habido por encubridor, y procederse contra él como tal (2).

El criado que viviendo con el amo se despose ó case con hija ó parienta que tenga en la casa sin su mandado, sea desterrado para siempre del reino, al que, volviendo, las justicias lo maten, y ella sea desheredada, y sus bienes los hayan los parientes mas cercanos.

Pueden hacer la acusacion el padre ó la madre, ó el amo ó la ama. No acusando estos, pueden hacerlo los parientes hasta el tercer grado; pero si el padre, ó la madre, ó el amo con quien viviere la perdonáre, otro no la pueda acusar (3).

Los criados no pueden excusarse de

---

(1) L. 4 tit. 20 lib. 6 Recop., y 2 tit. 21 del Ordenam. de Alcalá.

(2) L. 5. Recop. ibi.

(3) L. 2 tit. 1 lib. 4 Recop.: 2 tit. 21 del Ordenam. de Alcalá; y Real órd. de 20 de enero de 1784.

pechar porque sus amos gocen de este privilegio (1).

Los criados de militares con destino á las labores en sus haciendas de campo, fábricas ú otros artefactos y negociaciones agenas de la milicia, no gozan del fuero militar como los que tienen destinados al servicio y asistencia de su persona y familia (2).

Estos criados de servicio inmediato á la persona del militar y su familia, que gozan por ordenanza del fuero de sus amos, estando presos por delitos no exceptuados, es obligacion de los amos el mantenerlos en prision; pero si así no lo hicieren ó despidieren de su servicio, quedan desaforados los criados, y se deben entregar á las justicias ordinarias, á fin de que conozcan y determinen sus causas (3).

Los militares no incorporados en sus respectivos cuerpos, ó no residentes en los destinos de estos, y los que, estando empleados, no se hallaren en el lugar de sus

(1) Ley 23 tit. 14 lib. 6 Recop.
(2) Real órd. de 10 de junio de 1790.
(3) Real órd. de 3 de enero de 1788, y céd. de 23 de abril de 1789.

empleos, deben ser reconvenidos por los salarios de sus criados por los jueces ordinarios.

Retardando los militares ó señores la paga del salario á sus criados, corre á favor de estos desde el dia de la interpelacion judicial el interes de un tres por ciento de lo que les deben (1).

El salario ú otro servicio se puede pedir dentro de tres años despues de despedidos los criados de sus señores, y pasados no los pueden pedir, salvo mostrando haberlos pedido en dichos años, y ellos no hayan pagado. Esto se extiende á los boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos, y á los especieros, confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, los cuales, pasados tres años, no pueden pedir lo que hubiesen dado de sus tiendas, ni las hechuras que hubiesen hecho (2).

El que por servir ó haber servido á prelados, consejeros, ministros y otras personas, pretende que se le debe salario, no

(1) Real céd. de 20 de oct. de 1784.
(2) Ley 9 tit. 15 lib. 4 Recop.

lo consiga si no muestra asiento firmado de aquel á quien sirvió, ó de quien tenga su poder, ó que esté asentado como tal criado con salario señalado en el libro donde están los otros; lo que no se entiende con las criadas que continuamente habitan las casas donde sirven, no siendo parientas de aquellos en cuya casa están, ni con los criados de mercaderes, oficiales menestrales y labradores (1). El motivo de esta disposicion ha sido el que algunos entran en las casas de estos señores por pretensiones, y luego piden salario.

Las mugeres públicas no pueden tener criada menor de cuarenta años, pena de mil maravedís al ama aplicados á la cámara, obras pias y denunciador, y ademas la de destierro á ambas por un año (2).

SECCION III.

De los jornaleros.

Jornaleros son los que trabajan por su jornal. Sus obligaciones cuanto á las obras de su cargo son las mismas que las de los criados.

---

(1) Ley 10 tit. 15 lib. 4 Recop.
(2) Ley 7 tit. 19 lib. 8 Recop.

TITULO IV.

Del domicilio y domiciliados.

Domicilio de una persona es el lugar en donde tiene su principal establecimiento. Teniéndolo en dos lugares, será vecina y domiciliaria de aquel en que reside la mayor parte del año (1).

El que tiene igual domicilio en dos lugares, está obligado á servir los oficios de república y las cargas concejiles en ambos, asi como tambien tiene derecho á los honores y utilidades de uno y otro (2).

El domicilio del padre lo es del hijo que vive bajo su patria potestad, y el del marido lo es de su muger.

---

(1) Ley 8 tit. 7 lib. 9 Recop.
(2) Dou, tom. 1 pág. 166 á la 168.

Los menores y otros á quienes está entredicha la administracion de sus bienes, deben ser juzgados en el domicilio de su tutor ó curador (1).

Los criados que sirven habitualmente y viven en casa de sus amos, se contemplan del domicilio de estos; y los jornaleros, ó los que de otro cualquier modo, sea su ocupacion y dependendencia la que fuere, sirven en haciendas, dehesas, gañanías ó cortijos, teniendo en ellas su residencia y destino, se califican por domiciliarios de la jurisdiccion en que están las haciendas ó cortijos cuanto á algunos efectos (2).

La mutacion ó cambio de domicilio no se entiende hecha por el simple acto de pasar á vivir á otro, si no concurre la intencion de fijar en él su residencia. Esta intencion se prueba por haberla manifestado la parte, ó por inferirse de las circunstancias (3).

---

(1) L. 11 y 32 tit. 2 Part. 3; Dou, ibi págin. 163.

(2) Art. 15 de la Real órd. de reemplazos de 27 de octub. de 1800.

(3) Dou, tom. 1 pág. 163 y 164.

Todos tienen derecho á ser juzgados por los jueces de sus domicilios respectivos, no siendo en los casos exceptuados por la ley, que son los siguientes:

1.° Si fuese natural, aunque no vecino, de la tierra donde se le demanda, estando en ella.

2.° Si es liberto que debe responder ante el juez de la vecindad ó naturaleza de su patrono.

3.° Teniendo herencia en otra tierra en que se le demanda por ella.

4.° Si fuese demandado por contrato hecho por él ó la persona á quien heredó con pacto y promesa de cumplirlo en algun lugar de que no es vecino. El actor, en este caso puede elegir, ó en el juez del domicilio del demandado, ó en el del lugar en que prometió cumplir; pero tratándose de la nulidad ó rescision del contrato, debe conocer el del domicilio.

5.° Si haya morado diez años en la tierra donde se le demanda.

6.° Si tuviese en ella la mayor parte de sus bienes, aunque no haya residido los diez años.

7.º Si renunciase á su derecho contestando á la demanda sin declinar jurisdiccion.

8.º Por razon de delito, pues debe contestar en lo civil y criminal en donde lo cometió, aunque su domicilio sea otro.

9.º Cuando es vago, pues, por no tener domicilio seguro, debe responder en donde se le demande y halle: y aun cuando no lo sea, si tiene muchos fueros, puede elegir el actor el que quiera; pero si el demandado como vago diese fianza de estar á derecho en el lugar de su morada, ó en el donde prometió cumplir á eleccion del actor, no podrá otro juez apremiarle á que responda.

10.º Si la cosa demandada fuere bestia ú otro mueble, debe responder donde le hallaren con ella; pero no siendo sospechoso, y dando fianza de estar á derecho y de parecer á los plazos que se le asignen, podrá llevársela.

A falta de esta forma, se pondrá en depósito, y librará el pleito con la posible brevedad, de modo que no se le cause impedimento ni dilacion grande; mas si fuese sospechoso de robo ó hurto de la

cosa, será preso hasta que aparezca si tiene ó no culpa ó derecho en ella.

11.º Por razon de reconvencion, pues el actor está obligado á contestar la que el reo le hace por ante el juez por quien se le reconviene; pero siendo clérigo el actor, no está obligado á responder á reconvenciones por ante el juez real sobre cosa espiritual ó aneja á ella, sobre delito que no le desafuere, y cuando el lego injurió ó hizo otro daño al eclesiástico con designio manifiesto de que éste le demandase ante su propio juez para poderlo reconvenir, por no ser justo que esta dolosa maquinacion perjudique al eclesiástico.

12.º Si hubiese sido tutor ó curador de bienes de menor, loco ú otro entredicho, ó administrado los de su amo como mayordomo, ó sido maestro ó guarda de moneda, minas, montes ó dehesas, en cuyos casos debe responder y dar sus cuentas en los lugares donde tuvo tales encargos por razon de oficio (1).

---

(1) L. 32 tit. 2 Part. 3: l. 15 tit. 1 Part. 7: l. 7 tit. 3, 20 tit. 21 lib. 4, y 1 y 3 tit. 16 lib. 8 Recop.: Febr. edic. de 1797, 2 p. lib. 3 cap. 1 §. 6 num. 232 pág. 138, y §. 2 pág. 44.

13.° Por haber sido citado legítimamente de órden de su juez, aunque despues se domiciliase en otro lugar (1).

14.° Por ser casos de corte, los cuales deben seguirse en las respectivas chancillerías y audiencias, sin que el consejo pueda conocer de ellos, á no ser que el rey otra cosa mande expresamente (2).

Estos casos de corte son los que siguen:

1.° Demandas sobre bienes de vínculo, y no sobre sus frutos, rentas y alimentos, de que debe conocer el juez ordinario del demandado (3).

2.° Sobre vasallos, fortalezas, muerte ó herida de caballero principal, ó sobre otras cosas semejantes.

3.° Las civiles y criminales que contra cualquier concejo ó persona intenten los señores del consejo, oidores, chancillerías, mayordomo ó contador mayor, tesoreros, notarios, oficiales de la real casa, corte y chancillerías, alcaldes de estas y del rastro, de corte y de hijosdalgo, notarios, escribanos y oficiales que en ellas

---

(1) L. 12 tit. 7 Part. 3.
(2) L. 11 tit. 5 lib. 2 Recop.
(3) Eliz. tom. 6 part. 1 cap. 1 num. 9.

gozan de racion ó sueldo del rey, mientras ejercen sus oficios solamente, y no sus tenientes ni otro alguno de los no expresados.

4.º Los criados del rey sin sueldo con destino á servirle en su cuarto, y no los que gozan sueldo.

5.º Las instancias que siguen los relatores, abogados, agentes-fiscales, procuradores numerarios y demas curiales de tribunales superiores por sus justos honorarios jurados, debidos y no pagados.

6.º Los pleitos contra corregidor, alcalde ordinario, regidor ú otro oficial del concejo del pueblo, durante el tiempo que ejercen su oficio en él.

7.º Contra grandes, duques, condes, marqueses, señores poderosos que elegían justicia.

8.º Gozan del privilegio de caso de corte los concejos cabezas de partido, las universidades, las iglesias, monasterios, hospitales, cabildos, cofradías, colegios de frailes y monjas de cualquier órden, los pobres que no pueden vivir sin mendigar, los muy viejos ó enfermos, y otras personas miserables cuando litigan

con alguna poderosa, el menor de veinte y cinco años huérfano de padre, la viuda honesta, y la casada cuyo marido es inútil, pobre, ó está cautivo ó desterrado, los ciegos, mudos, encarcelados, peregrinos ó impedidos, los mercaderes que andan de provincia en provincia por el reino (1).

9.° Finalmente son casos de corte las causas criminales sobre traicion al rey ó su reino, encubrimiento de malhechores en castillo, fortaleza ó casa fuerte sin querer entregarlos á la justicia: la represalia de bienes y prision atentada por maravedís: la perpetracion de muerte segura: la violencia ó robo de muger: la infraccion de tregua ó camino: el incendio de casa ú otro edificio: el desafio: el ser ladron encartado, falseador de sello ó moneda real: y siendo concejo ó persona poderosa, el resistirse á la ejecucion de despacho sobre pago de débitos reales (2).

---

(1) L. 4 tit. 3 Part. 3: l. 4 tit. 1 lib. 3, l. 9 tit. 3, 8 tit. 3, y 9 tit. 5 lib. 4 Recop.: l. 37 del Estilo y otras: Eliz. tom. 6 part. 1 cap. 1 num. 3 al 17: y Febr. lib. 3 pag. 46 á la 50 cuarta impr.

(2) L. 8 tit. 3, 5 y 6 tit. 13, lib. 4, 8 y 10 tit. 17 lib. 5, 2 tit. 16, lib. 8, y 4 y 9 tit. 8, lib. 9 Recop.

En Galicia son tambien casos de corte el *interdicto posesorio*, conocido por *auto ordinario*, y la *graciosa*, de que no debo tratar por no ser de derecho general.

No siendo notorios los expresados requisitos constitutivos de caso de corte, debe alegarlos y probarlos el actor dentro de nueve dias, aunque sea sin citacion del demandado, quien tiene veinte dias desde que se le emplace para suplicar, alegar y probar que no es caso de corte y demas excepciones. Pasados los términos marcados, al actor ningun otro se le concede, y al reo en el solo caso de que las circunstancias hagan justa su prorogacion á juicio de los jueces (1).

"No gozan del privilegio referido las personas expresadas sino en los casos de mas de diez mil maravedís: ni en las que se interesa la real Hacienda: ni en las ejecutivas, feudales y criminales: ni cuando contestan la demanda ante el juez inferior: ni cuando el pleito se principia ante el ordinario, y la miseria sobreviene despues de contestado, porque está preveni-

(1) Ley 1 tit. 5 lib. 4 Recop.

da ya la jurisdiccion en cuanto á él, y en su perjuicio no se puede mudar de fuero: ni cuando tienen que dar cuenta pública ó privada, pues deben darla en donde y ante el juez que les encargó la administracion: ni tampoco unas contra otras, porque son iguales en especie y acto, por lo que, si una demanda en la corte á la otra, y ésta declina, y pretende se remita la causa al juez de su fuero, vencerá por ser mejor su condicion. Lo cual se limita en el caso de que el actor sea mas mísero ó infeliz, pues entonces será atendido."

"Si el negocio es individuo y comun á dos, uno que goza de privilegio, y otro no, gozará éste tambien de él; v. gr., cuando es mayor de veinte y cinco años, y el otro huérfano menor, y ambos poseen pro-indiviso alguna cosa, ó les compete alguna accion, pues el mayor puede usar de ella en la corte al modo que el menor. Previniendo que no se debe dar carta de emplazamiento por caso de corte sin que el que la pide deje procurador conocido (1)."

---

(1) Febr. lib. 3 cap. 1 §. 2 nums. 42 y 43 pág. 48 con referencia á las leyes y autores que cita.

Las viudas honestas, menores y huérfanos, gozan del privilegio de caso de corte, aunque sean ricos; y le tienen accionando ó defendiéndose, como las personas miserables, bajo cuyo nombre se comprenden los que hacen concurso de acreedores, los obligados por sentencia á entregar sus bienes á otro, y los que no pueden administrarlos (1).

Los que injustamente y cuando no les compete instruyeren caso de corte, obteniendo provision y mando de ella, pechen á aquel contra quien la usaron seis mil maravedís y las costas dobladas (2).

El juicio por caso de corte sigue, aunque cese la causa del privilegio, como si la viuda, despues de incoado, pasase á segundas nupcias, ó el miserable mejorase de fortuna (3).

Los fueros y jurisdicciones extraordinarias pueden hacer necesarias otras variaciones en los jueces (4).

---

(1) L. 5 tit. 3, y 20 tit. 23 Part. 3: Febr. lib. 3 cap. 1 §. 2 num. 41: Eliz. tom. 6 p. 1 cap. 1 nums. 12 y 13.

(2) Ley 4 tit. 3 lib. 4 Recop.

(3) Eliz. ibi.

(4) Dou, tom. 2.

Los transeuntes domiciliados, á cuya clase pertenecen los gallegos que salen de su reino á cavar y segar, y todos los que acostumbran salir á trabajar por temporadas á otros pueblos, ó alquilarse para determinadas labores, pasando despues de concluidas á otro, ó volviéndose á sus casas, todos estos conservan el domicilio de sus principales residencias cuanto á sorteos (1) y demas derechos civiles, no siendo por contrato ó delito en los términos expresados en los nn. 4.° y 8.°

---

(1) Real céd. de 6 de junio de 1773 y de 27 de oct. de 1800.

TITULO V.

CAPÍTULO I.

De los ausentes y rebeldes.

SECCION I.

De los ausentes.

Si alguno se ausentare de la España sin dejar procurador ni quien cuide de sus bienes, ignorándose su paradero, y si está vivo ó muerto, constando esto por tres testigos, debe el juez, de oficio ó á pedimento de parte, nombrar curador que cuide y administre sus bienes con responsabilidad al ausente ó á sus herederos. Este curador debe ser el pariente mas cercano del ausente, siendo capaz y no teniendo excusa legítima (1).

---

(1) Eliz. tom. 2 ed. sexta, nums. 1 y 3 pá-gin. 197 y 98.

Siendo menor el ausente, y habiendo dejado tutor ó curador, éste, antes ó despues de cumplir el menor veinte y cinco años, tiene derecho á que el pariente mas cercano se encargue de la administracion, asegurando al ausente sus frutos (1).

Cuanto á las prescripciones se estima ausente el que se halla fuera de la provincia, en que está la cosa que se quiere prescribir, aunque resida dentro del reino. Asi es que necesitan veinte años de silencio desde que supo que se le prescribia una cosa inmueble; y si parte del tiempo estuvo presente y parte ausente, se cuenta el tiempo doblado; v. gr., cinco en la tierra ó en la provincia, y diez fuera de ella (2).

Si el procurador del que se ausentó de órden del rey no apelase ó le defendiese mal, puede el ausente apelar diez dias despues que llegó á su casa ó lo supo. Si no dejó procurador, puede pedir al juez restitucion al estado en que lo dejó. Lo mismo se entiende con el que cayó prisio-

---

(1) Eliz. ibi.
(2) L. 19 y 20 tit. 29 Part. 3.

nero ó cautivo, y con el que se ausentó en pro de algun concejo (1).

"El que despues de contestado el pleito se ausente á romería ó escuela, dejando personero ú otro que le defienda en él, cuando se regrese, no podrá apelar de la sentencia de que se estime agraviado; mas si antes de ésta y de la conclusion del pleito muriese el personero, puede hasta diez dias desde el de su regreso y noticia pedir que se restituya al estado que tenia antes de su ausencia, y lo mismo si al tiempo de ella no pudo dejar personero á quien fiar el pleito; mas en este caso ha de jurar que no lo hizo maliciosamente para que haya lugar la restitucion. Lo mismo se entiende del desterrado ó preso por delito (2)."

"No perjudica la sentencia al que pruebe impedimento de venir á oirla, por engaño ó fuerza de su contrario, en el plazo asignado, y el juez debe restituir al estado anterior á ella; mas si el engaño ó fuerza que le detuvo lo causare otro, po-

---

(1) L. 10 tit. 23 Part. 3.
(2) L. 11 tit. 23 Part. 3.

drá apelar hasta diez dias desde que la sepa. Lo mismo se entiende si el impedimento fuese por grandes nieves, crecientes de rios, ocurrencia de ladrones ó enemigos que le detengan en el camino, ó por enfermedad que le sobrevenga en él (1)."

Estas dos leyes, en parte se hallan derogadas por la 11 tit. 17 lib. 4 de la Recopilacion, en que se estableció la cesacion de los recursos de restitucion *in integrum*, asi como los de nulidad contra sentencia de que no pueda suplicarse, esto es, de las pronunciadas por el consejo, chancillerías y audiencias en grado de revista; pero estan vigentes cuanto á las sentencias de alcaldes de corte (2), de provincia y ordinarios, bien que en lo civil serán muy raros casos segun el órden que se observa en las sustanciaciones.

Estando alguno ausente en la guerra ó en otra parte por mandado del rey ó comun del concejo, ó en cautiverio, escuela ó romería, &c., si otro comenzase á ganar cosa suya por tiempo, la podrá pe-

(1) L. 12 tit. 23 Part. 3.
(2) Auto 13 tit. 6 lib. 2 Recop.: Febr. lib. 3 cap. 1 §. 14 num. 505.

dir al juez del lugar hasta cuatro años despues de su regreso; y si muriese ausente, debe hacerlo su heredero en dicho tiempo desde el dia que sepa su muerte (1).

"Ocurriendo duda sobre la vida ó muerte de algun ausente, y disputa entre sus parientes herederos que aleguen haber ya mucho tiempo, como el de diez años, que murió en tierra extraña y remota, bastará que prueben ser así fama pública entre todos los vecinos del lugar. por cuanto no es facil hallar testigos presenciales de tal hecho; pero alegando que murió de poco tiempo, como de cinco años abajo, ó en tierra de que se pueda saber la verdad facilmente, debe probarse con testigos presenciales de su muerte ó entierro (2)."

La sola certificacion del cura que asistió á su entierro, suele aquietar las partes; pero no se aquietando, no es prueba bastante, como queda advertido.

Puede contraer y obligarse el ausente por medio de procurador con poder bas-

(1) L. 28 tit. 29 Part. 3.
(2) L. 14 tit. 14 Part. 3.

tante, excepto en los casos en que la ley exije la presencia de las partes (1).

Siendo demandado un ausente en lo civil, constando su ausencia en los términos expresados, se le nombra por el juez un defensor ó contradictor que sostenga sus derechos en juicio á costa del ausente, bajo juramento de cumplir con este encargo fielmente; y lo propio se hace con el actor ó reo que, contestando el juicio, se ocultan ó ausentan, pidiéndolo la parte interesada en la continuacion del pleito. Habiéndosele proveido de curador para sus bienes, á este mismo se acostumbra encargar el oficio de defensor.

Tanto el curador como el contradictor, no son responsables al ausente sino por culpa lata; y á los acreedores responden tambien por la leve (2).

En las causas criminales no se les nombra defensor: se llama á los reos ausentes por edictos; y presentándose antes ó despues de la sentencia, se suspende su ejecucion, y se les oyen sus excepciones si

(1) L. 1 tit. 1 Part. 4.
(2) L. 9 §. 5 Dig. lib. 42 tit. 5.

las proponen. Estando presos ó en libertad bajo fianza, se les oye por medio de procurador.

En las audiencias de Indias se nombra en cada año un oidor encargado de reconocer y remitir los bienes de difuntos, cuyos herederos se hallan ausentes, en el modo, tiempo y forma que lo dispusieron los testadores (1).

SECCION II.

De los rebeldes ó contumaces.

Son rebeldes ó contumaces los que, llamados legítimamente á juicio por juez competente, no comparecen y no tienen justa excusa.

Nuestras leyes prescriben el modo de proceder contra estos; pero no están en literal observancia, y la práctica de los juzgados y tribunales no es uniforme, ni siempre justa y constante. La mas comun es la expuesta por Febrero (2).

(1) Eliz. tom. 3 pág. 364 num. 3.

(2) L. 8 y 9 tit. 7 Part. 3: l. 5 y 6 tit. 3. las del tit. 11 lib. 4 Recop. y otras; y Febr. lib. 3 cap. 1 §. 3 num. 152 al 171 pág. 95 y sig.

CAPÍTULO II.

De los pobres.

Pobres son los necesitados ó menesterosos á quienes falta lo necesario para vivir, ó lo tienen con mucha escasez. La regulacion de pobreza depende de las circunstancias del individuo, y por lo mismo se deja al arbitrio judicial (1).

Cuanto al uso de papel de pobres, se tienen por tales las comunidades y establecimientos de beneficencia que tienen este privilegio:

Los jornaleros y braceros que se mantienen con su jornal, y no tienen propiedad que produzca trescientos ducados:

Las viudas que no tengan viudedad que exceda de cuatrocientos:

Los pósitos pios administrados por eclesiásticos:

Las diputaciones de caridad en sus recursos y libros:

No puede usar de este privilegio el

(1) L. 20 tit. 23 Part. 3.

que tenga vínculo, legado vitalicio, memoria ó capellanía, sueldo por el gobierno, ó renta de cualquiera clase que pase de trescientos ducados (1).

No constando la calidad de pobre, para probarla, se recibe informacion de pobreza con tres testigos ante el juez y escribano, que no han de llevar derechos algunos (2). La actuacion se hace en papel de pobres.

El receptor á quien se le cargue en turno negocio de pobre, puede llevar otro que no sea de pobre; y en tal caso no puede contar al pobre el camino, sino el rodeo y ocupacion, cobrando el salario ordinario de cada dia, y nada por escritura y probanza (3).

El juez debe dar abogado á las personas pobres desvalidas que se lo pidieren, las cuales se concierten con él por un estipendio moderado, si tuvieren con que pagarlo, y no teniendo, mande

---

(1) Art. 61 del real decret. de 16 de febrero de 1824.

(2) L. 25 tit. 12 lib. 1 Recop.; y real Instr. de 28 de junio de 1794 cap. 83.

(3) L. 4 tit. 22 lib. 2 Recop.

el juez que las defienda por amor de Dios (1).

Los oidores de las audiencias y chancillerías castiguen á los procuradores, escribanos y sus oficiales que lleven derechos á los pobres (2).

Los pobres que están mandados soltar de la cárcel, no sean detenidos por los derechos de la justicia, escribano, carcelero ú otras personas, ni por otros derechos, costas y penas pecuniarias, jurando que no tienen de que pagar (3).

Sobre los alimentos de los pobres presos hay un acto acordado en que se ordena que los consejos, tribunales y jueces de comision, que remiten pobres á la cárcel de corte, aseguren su alimento y gastos de enfermedades por el tiempo de la prision, para evitar el perjuicio que á los demas se sigue por no poderlos mantener (4).

Por otra ley se dispone que de las pe-

(1) L. 6 tit. 6 Part. 3, y l. 16 tit. 16 lib. 2 Recop.

(2) L. 28 tit. 5 lib. 2 Recop.

(3) L. 20, 21, 22 y 23 tit. 12 lib. 1 Recop.

(4) Auto 7 tit. 12 lib. 1.

nas para gastos de justicia se compren camas para los presos pobres, y se les diga misa todos los domingos y fiestas (1).

Los demas medios de alimentar á los presos pobres se dejan á la humanidad y prudencia de los jueces (2), que suelen cargarlos por repartimiento vecinal al pueblo de su domicilio, si no hay caudal de propios y arbitrios.

A los pobres paisanos presos por los juzgados militares se les socorre por la real Hacienda con libra y media de pan y diez cuartos diarios (3). Es de desear que se extienda esta disposicion á todos los demas pobres presos.

A los vagos que se prendieren en la corte se les alimente en la cárcel con un real de vellon del servicio de lanzas (4).

A los vagos hábiles y de edad para el manejo de las armas en las provincias, mientras no se les destina, se les dé una racion de pan de veinte y cuatro onzas castellanas, y cuatro cuartos al dia; lo que

(1) L. 57 tit. 4 lib. 3 Recop.
(2) Auto acord. 1 cap. 12 tit. 6 lib. 3.
(3) Real órd. de 15 de marzo de 1828.
(4) Auto acord. 6 tit. 11 lib. 8.

sea de penas de cámara y otros caudales aplicados á gastos de justicia, y en su defecto de los propios y arbitrios de las comunidades (1).

CAPÍTULO III.

De las mugeres.

Si de un parto nacen varon y hembra, y no aparece quien nació primero y quien despues, se presume haber salido á luz primero el varon que la hembra.

Si el marido y la muger perecieron á un mismo tiempo, y no consta quien murió primero, se presume que la muger como mas débil; y por la misma razon en igual caso el hijo impúbero se presume muerto antes que el padre ó la madre, y al contrario si es púbero (2).

Excepcionando una muger que ha pagado una deuda indebidamente, tiene el acreedor que probar el que se le debia, y si no lo prueba debe restituir lo pagado (3).

(1) Auto 18 ibi.
(2) L. 12 tit. 33 Part. 7.
(3) L. 29 y 31 tit. 14 Part. 5.

En las leyes la palabra *hombre* se extiende á la muger, si no que expresamente se especifique lo contrario; y la de *muger* comprende á todas las del sexo mayores de doce años (1).

La muger no puede ser juez sino cuando es reyna, y en este caso debe aconsejarse con sabios (2).

Tampoco puede ser procurador en pleitos, salvo por ascendientes ó descendientes viejos, enfermos, ó en otra manera embargados, y no habiendo otro en quien se puedan fiar.

Tambien lo puede ser para librar á sus parientes de servidumbre, y para seguir apelacion de sentencia de muerte dada contra alguno de ellos (3).

Las mugeres pueden ser tutoras y curadoras de sus hijos y nietos, pero no están obligadas á serlo (4).

No pueden abogar por otro aunque sean jurisperitas (5).

---

(1) L. 6 tit. 33 Part. 7.
(2) L. 4 tit. 4 Part. 3.
(3) L. 5 tit. 5 ibi.
(4) Don, tom. 2 pag. 224 y 225: Febrer. lib. 1 cap. 1 núm. 60.
(5) L. 3 tit. 6 Part. 3.

Tampoco pueden ejercer por sí los oficios de escribano, receptor ó procurador; pero pueden cederlos dentro del término de la ley, y lo mismo el de alguacil, siendo dueñas de ellos (1).

No pueden ser testigos en testamento (2).

No pueden tener botica, aunque tengan oficial examinado (3); mas pueden gobernar una fábrica de manufacturas de otra clase, y trabajar en todas las demas artes en que quieran ocuparse, y sean compatibles con el decoro y fuerzas de su sexo (4).

En caso de sedicion ó tumulto contra el rey, siendo pocos los hombres, tambien las mugeres estan obligadas á tomar las armas para defender á S. M. y restablecer el órden (5).

Las mugeres hasta la edad de cuarenta y cinco años estan privadas de habitar en

---

(1) L. 41 y 42 tit. 20 lib. 2 Recop., y Auto acord. 3 tit. 23 lib 4.
(2) L. 1 tit. 1 Part. 6.
(3) L. 9 cap. 6 tit. 16 lib. 3 Recop.
(4) Real céd. de 2 de set. de 1784.
(5) L. 3 tit. 19 Part. 2.

accesorias, tabernas, posadas, mesones y estancos; y aun pasando de dicha edad, se las prohibe tener en ellas á sus hijas (1).

Estando en prision, los alcaides deben tener á las mugeres separadas de los hombres, y no permitir que hablen con ellas, pena de privacion de sus oficios (2).

TITULO VI.

Del matrimonio.

CAPÍTULO I.

Disposiciones generales.

El matrimonio, considerado como contrato y en cuanto tiene relacion con el bien del estado, es regido por las leyes naturales y reales; y considerado como

(1) Bando de la Sala del año de 1744, y Auto del de 1743.

(2) L. 2 tit. 24 lib. 4 Recop.

sacramento, es regido por las leyes divinas y eclesiásticas (1).

Sin embargo, en España, por consentimiento de nuestros legisladores, todos los pleitos y causas sobre el vínculo del matrimonio pertenecen á la potestad y jurisdiccion eclesiástica, y lo mismo los que apelan sobre el valor ó nulidad de los esponsales de futuro (2); pero no disputándose sino sobre el hecho de si hubo ó no esponsales, sin tocarse en su validacion ni por incidencia, ó siendo sobre alimentos, litis expensas, restitucion de dote, y otros puntos temporales y profanos, no pueden conocer los jueces eclesiásticos, y conociendo hacen fuerza. En tal caso, á peticion de parte, el tribunal real á que corresponde, vistos los autos originales, ó los remitirá á la justicia ordinaria, ó los retendrá (3).

---

(1) D. Thom. in quart. sentent. dist. 34 q. 1 art. 1 ad 4 lib. 4 *contr. gent.* cap. 78: Sanchez, *de matrim.* tit. 7 disp. 3 núm. 2: Petr. Soto. lect. 4 *de matrim.*

(2) Gerbesius *in tract. de potest. eccles. et princip.*: Wan-Spen p. 2 tit. 13: Eliz. tom. 7 cap. 5; Conc. Trid. ses. 24 cap. 4. et can. 3.

(3) Real céd. de 18 de marzo de 1804: Bened. XIV, *de Syn. diœces.* lib. 9 cap. 9 núm. 3

Si las leyes eclesiásticas sobre el valor ó nulidad de los esponsales de futuro y sobre el vínculo del matrimonio son observadas en España, se observan igualmente las reales promulgadas para el bien del estado y de las familias (1); por lo que en ambos pactos es necesario arreglarse á unas y otras leyes.

Conviene, no obstante, advertir que es válido el matrimonio contraido conforme á las leyes eclesiásticas, aunque sea contrario á las reales, quedando sujeto á estas solo en los efectos puramente temporales (2).

---

y 4: Bovadilla, *polit.* lib. 2 cap. 18 ex núm. 235: Sanchez, *de matrim.* lib. 1 disp. 29: Eliz. tom. 7 cap. 5 y 14 núm. 28 al 31.

(1) Wan-Spen, part. 2 tit. 13. suplem. ad cap. 1 núms. 8 et seqq.: Eliz. dicho tom. 7 cap. 5.

(2) Wan-Spen y Eliz. ibi.

CAPÍTULO II.

De los esponsales.

SECCION I.

Del contrato esponsalicio.

Esponsales son la mútua promesa que hacen dos de contraer matrimonio.

De cualquiera manera que aparezca que los dos han querido seriamente contraer esponsales, quedan contraidos (1).

Los primeros esponsales no se disuelven por los segundos, aunque en estos se añadiese la cláusula del juramento (2).

Desde el concilio de Trento, aunque á los esponsales se siguiese cópula ó estupro, no por eso pasan á matrimonio como antes de este concilio (3). Dichos actos aumentan, no obstante, la fuerza de los

---

(1) L. 2 tit. 16 lib. 5 Recop.

(2) L. 8 tit. 1 Part. 4. Eliz. tom. 7 cap. 2 núm. 2.

(3) Decret. cap. 3 lib. 4 tit. 1 de sponsis. et matrim. Conc. trid. ses. 24 cap. [illegible]

esponsales para que al esposo renuente se le apremie con mas rigor á su cumplimiento, particularmente si no tiene con que dotar á la esposa violada (1).

La promesa de contraer matrimonio debe ser libre y con ánimo de obligarse. Probando el renuente que ha faltado alguno de estos requisitos, se declararán nulos los esponsales (2).

Por consiguiente la promesa hecha en un momento de debilidad é irreflexion no produce obligacion esponsalicia (3).

Si alguno con el fin de engañar á una muger, no siendo en momentos de debilidad é irreflexion, usa de palabras dudosas de matrimonio, y la conoce despues carnalmente, se le obligará á que case con ella en el fuero judicial,

---

(1) Berardi, tom. 3 q. 1 *in fin.*: Ferraris, verbo *sponsalia* ex núm. 151 ad 157 adit.

(2) L. 2 tit. 1 Part. 4: Conc. Trid. cap. 9 ses. 24: Decr. cap. *ex spons. unic. de spons. in* 6: leyes 7, 11, 12 y 13: Dig. tit. 1 lib. 23: l. Labeo 7 §. 2: Dig. *de supel. leg.*: l. *obligationum* 3 *de oblig. et act.*: Dig. l. *transactione* 3 Cod. *de trans.*: l. *Mercalem* 5 *Cod. de cond. ob turp. caus. dator.*: Ferraris, ibi num. 47: y Eliz. t. 7 cap. 2 num. 9.

(3) Ferraris y Eliz. ibi.

y no siempre en el penitencial (1).

La promesa y el consentimiento de los contrayentes se pueden manifestar por palabras ó por señales claras (2).

Se pueden contraer los esponsales entre ausentes por medio de procurador; mas éste necesita poder especial: no puede sustituirlo en otro sin mandato expreso; y si el poder se le revocase antes de contraer los esponsales ó el matrimonio, aunque no tuviese noticia de ello, no valen (3).

Los esponsales pueden ser puros, ó señalando el tiempo dentro del que se deba contraer el matrimonio, ó condicionados.

Siendo puros, cualquiera de los esposos puede obligar al otro á que contraiga el matrimonio cuanto antes se lo permitan las circunstancias, quedando al arbitrio del juez la determinacion del tiempo que deba mediar (4).

---

(1) Decret. cap. 26 lib. 4 tit. 1 *de spons. et matrim.*

(2) Decret. cap. 7 y 13 ibi.

(3) L. 1 tit. 1 Part. 4.; Decret. cap. fin. *de procurat.* in 6.

(4) Dion. lib. 54: l. 2 Cod. *de spons.*: l. 17 Dig. *de id.* Ferraris. verbo *Spons.* num. 54: Eliz. tom. 7 cap. 3 num. 7.

Siendo para dia señalado, pasado este, se puede obligar á cualquiera de los contrayentes á que verifique el matrimonio, no ocurriendo causa justa de dilacion (1).

Las condiciones esponsalicias y matrimoniales pueden ser honestas y voluntarias ó necesarias; ó deshonestas, torpes é imposibles; y de tiempo pasado, presente ó de futuro.

Condicion honesta y voluntaria es como si uno dice á una muger; me casaré contigo si me dieres cien ducados, ó tal casa ú otra cosa semejante, cuya condicion suspende la obligacion al matrimonio hasta que se cumpla, salvo si casare despues con ella por palabras de presente, ó si cometieren cópula carnal, que en tal caso es obligado á casarse con ella (2), porque se supone haber renunciado á la condicion.

Condicion honesta y necesaria es cuando un católico contrae esponsales con muger que no lo es, con tal que se convierta

---

(1) Berardi, tom. 3 cap. 1 vers. *Ut cum sponsalia.*

(2) L. 3 tit. 4 Part. 4 y cap. 3 y 6 tit. 5 lib. 4 Decret.

á nuestra santa fe. En este caso, no cumpliéndose la condicion, no hay obligacion al matrimonio (1).

Deshonestas son las condiciones contrarias á la naturaleza del matrimonio, como diciendo; me casaré contigo si hicieres medicamentos para no tener hijos, ó si te prostituyes. Estas condiciones impiden el matrimonio (2), y anulan los esponsales.

Son condiciones torpes ó imposibles si dijese; me casaré contigo con la condicion de que has de matar á F., ó si me das un monte de oro, ó si alcanzares con la mano al cielo. Estas y otras iguales condiciones, poniéndose como tales, constituyen nulos asi los esponsales como el matrimonio; pero subsistirá este despues de contraido si se pusieren como modos solamente; v. g., me caso contigo para que mates á F., ó para que me des un monte de oro; en cuyo caso se contemplan no puestas tales condiciones (3). No me detengo mas sobre esto, porque el párroco no

(1) L. 4 ibi.

(2) L. 5 tit. 4 Part. 4; y cap. 7 tit. 5 lib. 4 Decret.

(3) L. 6 ibi. Decret. ibi. Wan-Spen part. 2 tit. 12 num. 1 cap. 4.

puede asistir á matrimonio contraido con estas condiciones.

En las condiciones de tiempo pasado y presente, el consentimiento no se difiere, porque ó se verificó la condicion, ó no: si no se ha verificado, no hay consentimiento en los esponsales; y al contrario si se ha verificado.

La condicion de futuro tiene en suspension el valor del contrato mientras no se verifica, á no ser que se renuncie á ella por la celebracion del matrimonio ó por cópula, como se ha dicho.

Las condiciones pueden ser tambien casuales, potestativas, mixtas, suspensivas ó resolutivas, de que se hablará al tratar de las disposiciones y obligaciones.

Pueden contraer esponsales los varones y las hembras teniendo siete años cumplidos; mas no tendrán fuerza coactiva si no se ratifican expresa ó tácitamente por el varon en llegando á catorce años, y por la hembra en llegando á los doce (1).

---

(1) L. 6 tit. 1 Part. 4: §. unic. Decr. 6 lib. 4 tit. 2: l. 14 tit. 2 lib. 23 Dig. *De ritu nupt.*

El primero que cumpla dicha edad puede apartarse ó no del cumplimiento de los esponsales (1); y este privilegio no compete al que pasa de ella cuando los ha contraido (2).

Pende de las circunstancias, y por consiguiente del arbitrio prudente del juez, el juicio sobre los actos constitutivos de aprobacion tácita, no obstando cuanto en contrario opina Ferraris.

Los impúberos están obligados á cumplir la promesa esponsalicia si sobreviene cópula carnal (3).

El matrimonio de impúberos no es válido, y se convierte en esponsales de futuro (4).

Los hijos de familias, menores de veinte y un años, y las hijas menores de veinte y tres, á cualquiera clase del estado que pertenezcan, no pueden contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien, en caso de resistir el que sus hijos ó hijas

---

(1) Ferraris, verbo *Sponsalia*, tom. 8 n. 17.

(2) L. 8 tit. 1 Part. 4: cap. 7 lib. 4 tit. 2 Decret.: Ferraris, ibi num. 18.

(3) Cap. 6 y 8 Decret. ibi.

(4) §. únic. y cap. 14 lib. 4 tit. 2 *De desponsat. impuber.*

intentaren, no estará obligado á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso (1).

Los hijos que hayan cumplido veinte y cinco años, y las hijas que hayan cumplido veinte y tres podrán casarse á su arbitrio, sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre.

En defecto de padre tendrá la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio un año antes, esto es, los varones á los veinte y cuatro años, y las hembras á los veinte y dos, todos cumplidos.

A falta de padre y madre tendrá la misma autoridad el abuelo paterno, y el materno á falta de este; pero los menores adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio dos años antes que los que tengan padre, esto es, los varones á los veinte y tres años, y las hembras á los veinte y uno cumplidos.

---

(1) Lo expuesto y demas que sigue sobre licencias para contraer matrimonio, se sacó del Real decret. de 10 de abril de 1803, confirmado en la circular de 2 de set. de 1817.

A falta de padres y de abuelos paterno y materno succederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores; y á falta de los tutores el juez del domicilio, todos sin obligacion de explicar la causa; pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio los varones á los veinte y dos años, y las hembras á los veinte, todos cumplidos.

Para los matrimonios de las personas que deben pedir licencia á S. M., ó solicitarla de la Cámara, gobernador del Consejo ó sus respectivos gefes, es necesario que los menores, segun las edades señaladas, obtengan esta despues de la de sus padres, abuelos ó tutores, solicitándola con la expresion de la causa que estos han tenido para prestarla; y la misma licencia deberán obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo expresion, cuando la solicitan, de las circunstancias de la persona con quien intentan enlazarse.

Aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas de las causas que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios que inten-

tasen, si fueren de la clase que deben solicitar el permiso de S. M., podrán los interesados recurrir al Rey, á la Cámara, gobernador del Consejo, y gefes respectivos, los que tengan esta obligacion, para que, por medio de los informes que S. M. tuviere á bien tomar, ó la Cámara, gobernador del Consejo, ó gefes creyeren convenientes en sus casos, se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion correspondiente para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto.

En las demas clases del estado ha de haber el mismo recurso á los presidentes de las chancillerías y audiencias, y al regente de la de Asturias, los cuales procederán en los propios términos.

Los Infantes y demas personas Reales en ningun tiempo tendrán ni podrán adquirir la libertad de casarse á su arbitrio sin licencia de S. M., que se la concederá ó negará en los casos que ocurran con las leyes y condiciones que convengan á las circunstancias.

Los vicarios eclesiásticos que autorizasen matrimonio para el que no estuviesen habilitados los contrayentes, segun

los requisitos que van expresados, serán expatriados y ocupadas todas sus temporalidades; y en la misma pena de expatriacion y en la de confiscacion de bienes incurrirán los contrayentes.

En ningun tribunal eclesiástico ni secular de España se pueden admitir demandas de esponsales, sino que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública; y en este caso se procederá en ella, no como asuntos criminales ó mixtos, sino como puramente civiles (1).

"En las causas de estupro, dándose por el reo fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado, no se le moleste con prisiones ni arrestos; y si el reo no tuviese con que afianzar de estar á derecho, pagar juzgado y sentenciado, ó de estar á derecho solamente, se le deje en libertad, guardando la ciudad, lugar ó pueblo por cárcel, prestando caucion juratoria de presentarse siempre que le fuere mandado, y de cumplir con la determinacion que se

(1) Aqui concluye el cit. Real decr. de 10 de abril de 1803.

diese en la causa (1)." Esta ley comprende á los individuos militares, sin perjuicio de las facultades de los coroneles en cuanto á matrimonios fuera del caso de que se trata, y del empeño del servicio (2).

Conviene no confundir el estupro con los ayuntamientos libremente consentidos. Estupro es el concúbito y ayuntamiento ilícito y forzado con vírgen ó doncella (3).

El concúbito y ayuntamiento libre sin sobrevenir embarazo, aunque fuese consentido por ruegos importunos, persuasiones, regalos y excitaciones *ad libidinem*, no produce la obligacion de casar ni dotar en el fuero interno ni en el externo (4), porque al que sabe y consiente no se le injuria.

---

(1) Ley 4 tit. 29 lib. 12 de la Novís. Recop.

(2) Real órd. circul. de 18 de julio de 1799.

(3) Diccionario de la lengua castellana.

(4) Ley 8 tit. 4 lib. 3 *del Fuero Juzgo*. Dice: "Si la moyer libre faz adulterio con algun ome de so grado, háyala por moyer, si quisier; é si non quisier, ela tórnese á sua culpa que fu fazer adulterio por so grado." Molina, Lugo, Vazquez y Reiffenstuel, á quienes cita Ferraris verbo *Dos*, art. 2 nums. 37 y 38: Cod. Theodos. l. 1 *De rapt. Virg.*: l. 1, 2 y 4 tit. 3 lib. 4 de la Recop. de Navarra; y Eliz. tom. 2 pág. 429 art. 2.

No sobreviniendo embarazo, para que el desfloramiento produzca obligacion de casar ó dotar, se requiere que procediese de fuerza física, ó de fuerza moral equivalente probadas. Habiendo consistido en fuerza física, es necesario que la muger manifestase su violencia por los hechos que prescribe la ley (1); y si consistió en moral, ha de probar temor grave, dolo, fraude, promesa fingida de matrimonio, ú otra cosa semejante de parte del varon (2), porque las violencias, asi como los demas delitos, no se presumen si no se prueban.

Los efectos del concúbito simple suelen circunscribirse á dos personas, y cubrirse con el velo del secreto; pero sobreviniendo embarazo, tocan ya muy de cerca al estado, y por él al gobierno, que debe precaver el abandono de una muger cuya estimacion ha decaido, y velar sobre la conservacion, crianza, alimentos, educacion y existencia civil honrosa de la

---

(1) L. 3 tit. 2 lib. 2 del Fuero viejo de Castilla.

(2) Las mismas autoridades del n. anterior: l. 7 tit. 7 lib. 4 del Fuero Real: Sanchez: *De matrimon.* lib. 7 disp. 19: *De reg. Jur. in 6 et ibi glos.*

inocente prole. Con este fin se han dictado muchas leyes, en general poco á propósito para conseguirle, y por parte de las autoridades hubo abusos. Nuestro paternal gobierno hace años que tiene expediente pendiente sobre el particular. Mientras tanto la práctica mas comun y racional es que el convicto ó confeso actor del embarazo, aunque sea pariente, case ó dote á la muger congruentemente, en proporcion á la estimacion que perdió, proveyéndose lo conveniente en cuanto á la prole.

Habiendo embarazo, si el juicio tiene por objeto el descubrimiento de su actor para que case ó dote, ó para castigar escándalos, basta la prueba por presunciones fundadas en hechos ciertos y concluyentes.

Son hechos constitutivos de presuncion legal:

1.° Si el varon se declaró ó confesó alguna vez por actor del embarazo, aunque despues lo niegue (1).

2.° Si la muger es su concubina, y la tiene recogida en su casa (2). Esta pre-

(1) L. 8 tit. 13 Part. 6.
(2) L. 11 de Toro.

suncion, aunque aplicable todavía, alude al tiempo en que era tolerado el concubinato.

Siendo la muger honesta y recogida, y sin trato ni comunicacion sospechosa con otro hombre, se reputan por presunciones racionales la aprehension de los dos desnudos en un mismo lecho, estando á solas: la frecuente conversacion y trato en parages sospechosos: el caminar juntos y solos por bosques y sitios solitarios sin objeto lícito conocido: el caminar en un mismo carruage corridas las cortinas: el hallarse solos en un cuarto cerradas las puertas: y finalmente todas las inductivas de trato ilícito, segun las costumbres del pais, destinos y circunstancias de hombre y muger.

Los concúbitos, no considerados por la obligacion esponsalicia que producen, sino como delitos, pertenecen á la parte criminal y penal.

Las penas impuestas en el contrato de esponsales al esposo que no quiera contraer matrimonio, son nulas como contrarias á la libertad que se requiere; pero consistiendo la pena en donacion ó pro-

mesa hecha á uno de los esposos con la condicion de contraer el matrimonio prometido, vale la condicion, y no contrayendo pierde lo que se le donó ó prometió (1).

Son nulas las fianzas puestas en el contrato de esponsales; y lo son igualmente todas las prendas que no sean arras (2).

SECCION II.

De la disolucion de los esponsales.

Los esponsales se disuelven por mútuo consentimiento de las partes.

Si una directa ó indirectamente manifestase no querer contraer el matrimonio prometido, queda libre la otra para contraer nuevos esponsales y matrimonio con quien quisiere (3).

---

(1) L. 3 tit. 11 Part. 4: cap. 29 lib. 4 tit. 1 Decret. *De spons. et matrimon.* l. 2 Cod. lib. 8 tit. 39, 5 lib. 5 *De spons.*, y 134 Dig. lib. 35 tit. 1 *De verb. obligat.*: Sanchez, lib. 1 disp. 3 num. 1: Berardi, tom. 3 cap. 3: D. Thom. in quart. dist. 27 q. 2 art. 3 ad 4.

(2) Berardi, ibi pág. 54 y 55.

(3) L. 56 tit. 18 Part. 3, 8 tit. 1 Part. 4, 43 tit. 4 y 58 tit. 5 Part. 5: Decr. cap. 2 lib. 4 tit. 1: cap. *Frustra* 75 *de reg. Jur.*; y l. *Qui fidem* 16 *de transactionib.*

Ausentándose uno de los esposos, y no sabiéndose su paradero, debe el otro esperar hasta tres años, y pasados, pidiendo licencia para contraer con otro, se le concederá (1).

Entrando en religion uno de los esposos, queda libre el otro para contraer nuevos esponsales; pero el que entró en religion no está libre hasta que profese (2).

Recibiendo el esposo órdenes menores, la esposa puede contraer nuevos esponsales; pero el ordenado permanece ligado y obligado hasta recibir órden sagrado (3).

El voto simple de entrar en religion hecho por uno de los esposos sin consentimiento del otro, no es lícito ni válido, y lo mismo el de castidad, ó de recibir órdenes sagrados, y por tanto queda en su fuerza la obligacion de los esponsales (4).

---

(1) D.: l. 8 tit. 1 Part. 4, y cap. 5 lib. 4 tit. 1 Decret.

(2) D. l. 8; y Ferraris tom. 8 verb. *Spons.* nums. 86 y 87.

(3) Ferraris. ibi nums. 88 y 89.

(4) Cap. *in malis* 5 causa 21 q. 4: cap. *Quanto* 18 *De jurejurando* ibi: et cap. *Non est obligatorium* 18 *de reg. Iur. in* 6 *ibi.* Ferraris verb. *Sponsalia ex num.* 89 *ad* 95.

Los esponsales de futuro se disuelven por el matrimonio; pero disuelto éste, revive la obligacion de los esponsales de futuro (1).

Si uno de los esposos tiene cópula carnal, el inocente que no la tuvo queda libre para cumplir ó no cumplir con los esponsales; pero no asi el delincuente. Si esta cópula precedió al contrato de los esponsales, siendo ignorada al tiempo de contraerlos, produce el mismo efecto, aunque la muger fuese violentada, por la deshonra trascendental al marido (2).

Los besos y demas tocamientos impuros admitidos libre y espontáneamente por la esposa con otro hombre, son motivo justo para separarse el esposo de los esponsales; mas siendo admitidos con pudor, ó siendo de costumbre en el pais, no disuelven los esponsales, por no presumirse pecaminosos (3).

Como la cópula y tocamientos impu-

---

(1) L. 8 tit. 1 Part. 4; Ferrar. ibi *ex numer.* 96 *ad* 102.

(2) D. l. de P. Ferraris, ibi num. 105.

(3) Berardi, disert. 2 cap. 4 tom. 3; Ferraris verbo *Sponsalia*, tom. 8 num. 106.

ros del esposo con otra muger prueban division de afectos ofensiva al matrimonio, la esposa por ellos queda libre en cumplir ó no los esponsales.

Si uno de los esposos se hace gafo, contrahecho, ciego, ó perdiese las narices, una mano, una oreja, ó se descubriese que es cojo, paralítico ó leproso, ó que padece mal venéreo, mal olor en la boca ú otra deformidad semejante, el otro esposo es libre en cumplir ó no los esponsales (1).

Sobreviniendo infamia á uno de los esposos por homicidio, adulterio, hurto ú otro delito grave, el esposo inocente no está obligado á cumplir los esponsales. Lo mismo si el hombre se descubre ser borracho, jugador ó rufian, ó que la muger es ramera, ó cualquiera de ellos padece ó tiene otro vicio semejante: si el esposo descubre costumbres ásperas y crueles: si entre los esposos nacen enemistades capitales, ódio ó extraordinaria aversion; y si lo propio se origina ó teme

(1) Cap. *Quemadmodum* 25 vers. *Quod si*, lib. 2 tit. 24 *De jurejurando*: l. 8 tit. 1 Partida 4.

entre los padres y consanguíneos (1).

Se disuelven tambien los esponsales por las cuatro mutaciones notables que siguen en los bienes de fortuna.

1.ª Si la esposa ó sus parientes ó no pueden dar la dote prometida, ó prometieron lo que no pueden dar, con tal que el esposo no consintiese posterior y puramente, ni tuviese cópula con la esposa. Lo dicho es aplicable tambien á los esponsales jurados (2):

2.ª Si á uno de los esposos le sobrevino grave pérdida ó menoscabo en su hacienda y fortuna, de suerte que de un estado honesto pasó á una pobreza grande, aunque esta mutacion acaeciese sin culpa suya, como por guerra, incendio, robo ú otra causa semejante (3):

3.ª Si esta pérdida y mutacion sobreviene á un tiempo á ambos esposos, pues que no restando con que sostener las cargas del matrimonio, cualquiera de ellos

---

(1) Ferraris verbo *Sponsalia*, tom. 8 números 113 y 114.

(2) Cap. *Te illis* 3 *de condit. appositis.*

(3) Cap. *Quemadmodum* citatus; l. 8 tit. 1 Part. 4.

puede separarse de los esponsales (1):

4.ª Si á cualquiera de los esposos, cumpliendo los esponsales, le amenaza la exheredacion ó prudentemente debe temerla (2).

Si los bienes de fortuna no han disminuido, sino aumentado considerablemente en uno de los esposos, quedando los del otro en el mismo estado, se duda si aquel podrá resilir de los esponsales. Perez y Ferraris, fundados en lo que ha dicho el jurisconsulto Juliano, opinaron que si la esposa ó esposo enriquecido, para contraer tuvo consideracion á la igualdad de riqueza, puede resilir de ellos; y al contrario si no la tuvo en consideracion, mediante ningun contrayente queda obligado sino en los términos que ha querido obligarse (3).

Tambien se disuelven los esponsales sobreviniendo parentesco por afinidad en grado prohibido por cópula carnal con pariente ó parienta del otro esposo; pero

---

(1) Ferraris verb. *Sponsalia*, tom. 8 num. 116.
(2) Ferraris, ibi.
(3) L. *Non omnis* 19 Dig. *de reb. creditis*: Perez, disp. 9 lect. 11: Ferrar. ibi num. 117.

no siendo justo que ninguno por su delito se exima de su obligacion en perjuicio de tercero, queriendo el esposo inocente que se efectúe el matrimonio, debe el otro á su costa obtener la dispensa de S. S. que se necesite para contraerlo (1).

SECCION III.

Del modo de proceder en el juicio de esponsales.

Siendo cierta y pública la causa disolutiva de los esponsales, estos se disuelven sin declaracion alguna; pero si fuese oculta, será necesario que se manifieste, y que el juez declare disueltos los esponsales (2).

Anunciándose impedimento entre los esposos para contraer matrimonio por parentesco ú otra causa en que se interese el derecho público, por la declaracion sola del delator, debe suspenderse la celebra-

---

(1) L. 8 tit. 1 Part. 4: Concil. Trid. ses. 24 *De reformat. matrim.*: Ferrar. verb. *Sponsal.* númer. 119: Cap. *Intelleximus* 7 *de Judiciis*: l. *Non fraudantur* 134 §. 1 Dig. *de regulis Juris*.

(2) Berardi, tom. 3 disert. 2 cap. 4: Ferrar. ibi núms. 121 y 122.

cion del matrimonio hasta que se averigüe si el impedimento es ó no es cierto (1).

Si los testigos por motivos justos no quisieren declarar sino privada y ocultamente y sin publicar sus nombres, mediando interés público ó grave, debe el juez admitir y recibir asi sus dichos, y siendo conveniente, formar proceso reservado y mandar que el escribano lo queme despues de ejecutoriada la disolucion de los esponsales, para que en ningun tiempo se descubra un delito que conviene permanezca oculto (2).

No mediando interés público, los impedimentos deben probarse por los medios ordinarios, y en caso de duda, repugnando el matrimonio alguno de los esposos, declarar disueltos los esponsales (3).

Un testigo solo de los parientes cercanos que declare haber impedimento entre los desposados, ó por fama del lugar, bas-

---

(1) Decretal. cap. 22 *De testibus*, y cap. 12 *De sponsalibus*.

(2) Alvarez Posadilla, tom. 1 diálogo 3.

(3) Berardi, tom. 3 disert. 2 cap. 4 pag. 63 y 64.

ta para anular los esponsales; pero si estos fuesen confirmados con juramento, se necesitan dos testigos, ó uno y la fama (1).

Resistiéndose uno de los esposos sin motivo justo á contraer el matrimonio prometido, el juez, á pedimento del otro, puede y debe apremiarle civilmente á que cumpla, no usando nunca de medios que puedan forzar su voluntad; y si no obstante no quisiere casarse, se le debe declarar libre de los esponsales, condenándole al pago de costas y de los daños que sufriere el otro esposo (2).

Cuanto á estos daños, se debe creer la declaracion jurada de quien los sufrió; bien que el juez puede moderarlos (3).

---

(1) L. 18 tit. 9 Part. 4.

(2) L. 5 tit. 27 Part. 3: l. 5 tit. 6 Part. 5: cap. *Requisivit* 17 *De sponsal.*: Real decret. de 10 de abril de 1803: Const. synod. Malacitana lib. 2 tit. 9 §. 1 num. 5.

(3) L. 5 tit. 6 Part. 5.

CAPÍTULO III.

Definicion del matrimonio, observaciones generales, y en qué edad puede contraerse.

"*Matrimonio* es un contrato de derecho natural, que se celebra entre hombre y muger por mútuo consentimiento externo, dando el uno al otro potestad sobre su cuerpo en perpétua y conforme union de voluntades, el cual, elevado á sacramento, y celebrado entre sujetos bautizados, se hace del todo indisoluble en llegando á consumarse (1)."

No hay matrimonio cuando no hay consentimiento.

El consentimiento puede manifestarse por palabras, ó por señales claras (2) como en los esponsales.

Asi como estos, tambien se puede contraer matrimonio entre ausentes por medio de procurador que tenga poder espe-

(1) Diccionario de la lengua castellana.
(2) Cap. 23 *De sponsalibus*.

cial; pero no puede sustituirle sin mandato expreso, y si se le revocase antes de contraer matrimonio, no vale, aunque no tuviese noticia de ello (1).

Como el procurador no contrata por sí, sino en nombre del principal, un varon puede contraer en nombre de una hembra, y al revés ésta en nombre de un varon (2).

El matrimonio que llegó á su fin por el uso y consorcio conyugal, se llama *consumado*; y *rato* el que no llegó á consumarse.

El matrimonio rato se puede disolver entrando y profesando en religion uno de los cónyuges, ó dispensando su Santidad, y el consumado no se disuelve por estos medios.

El matrimonio de un varon con una muger se llama *monogamia*: el de una persona con muchas del otro sexo *poligamia*: y en especie se llama *poliginia*, si un varon contrae matrimonio con muchas mugeres: *bigamia*, si con dos sola-

---

(1) Cap. fin. *De procuratoribus in* 6.

(2) Ferrar. verbo *Matrimon.* art. 1 num. 36; La-Croix l. 6 p. 3 num. 263.

mente: y si una muger contrae con muchos maridos se llama *poliandria.*

Por los repetidos censos hechos en los estados cristianos de Europa desde el año de 1699 (1) se sabe que en ellos el número de hombres es con poca diferencia igual al de las mugeres. Este hecho bien manifiesto prueba que la monogamia ó monoginia es suficiente para la propagacion del género humano, y que debe preferirse á la poligamia por convenir mejor á la paz doméstica, á la educacion de los hijos y á la prosperidad de la comun fortuna. Estas han sido las razones visibles por qué Jesucristo Señor nuestro reprobó la poligamia (2), por qué el Concilio de Trento anatematizó al que dijese que era lícito á los cristianos tener á un tiempo muchas mugeres (3), y por qué en la legislacion de España se ha graduado siempre como un delito muy grave, que por la última ley se castiga con vergüenza pú-

(1) Guillelmus Petty. *Tentamen arithmeticæ politicæ;* Graunt, *Annotations of the bills of mortality.*

(2) Matth. 19. Marc. 10, y Luc. 16.

(3) Ses. 24 can. 2.

blica, perdimiento de la mitad de sus bienes, y diez años de galeras, si se incurrió en la poliginia con ciencia cierta (1), esto es, sabiendo que la muger legítima estaba viva al tiempo de contraer con la segunda.

Para precaver la poligamia, las mugeres ausentes de sus maridos no se casen hasta saber ciertamente la muerte de ellos, y lo mismo está encargado á los que quisieren casar con ellas. Si casasen, y viniese el primer marido, ambos sean puestos en poder de este para venderlos si quisiese; pero no para matarlos. Lo mismo se entiende con las mugeres que casaren con maridos agenos (2). Esta pena no está en uso, y en su lugar, asi como en el adulterio, al varon se le destierra á presidio ó galeras, y á la muger á un encierro (3).

No incurre en esta ni en otra pena el que casa con casada creyendo que no lo es, ni la que contrae matrimonio por ha-

---

(1) L. 16 tit. 17 Part. 7: l. 6 tit. 15 lib. 8 del Ordenam. Real; l. 6 tit. 1 lib. 5, y 8 tit. 20 lib. 8 Recop.

(2) L. 7 tit. 15 lib. 8 del Ordenam. Real.

(3) Dou, tom. 7 lib. 3 tit. 5 cap. 5 sec. 2 art. 3.

ber oido decir fijamente que su marido era muerto, aunque despues se verifique ser incierta la muerte (1).

El conocimiento sobre el delito de poligamia pertenece á la jurisdiccion real ordinaria; y si hubiese heregía y apostasía probadas, cuanto á estos incidentes conoce el santo tribunal de la Inquisicion (2). Por la abolicion de este tribunal, conocen de dichas causas los obispos y sus vicarios, con apelacion á los metropolitanos, y por alzada de las sentencias de estos y prelados exentos, conoce el tribunal de la Nunciatura. Siendo legos ó militares los reos, fenecida la causa, se pasará al juez civil testimonio de ella para la imposicion de la pena (3).

En la mayor parte del globo la poligamia es permitida: la poliandria tiene tambien sus sectarios, asi como la costumbre introducida en Esparta por Licurgo de arrendar ó alquilar las mugeres; y (lo

---

(1) L. 5 tit. 17 Part. 7.

(2) Real céd. de 5 de febr. de 1770, 1.° de dic. de 1785, y 8 de set. de 1788.

(3) Decreto de las Cortes de 22 de febrero de 1813, y Real céd. de 6 de febrero de 1830, y Breve inserto en ella.

que es mas absurdo todavía) si creemos á Diodoro de Sicilia, á Julio Cesar, á Puffendorfio y á los últimos viageros, no han faltado ni faltan naciones ó tribus nomadas, hilofagas é ictiofagas en que se halla establecida la comunion de mugeres que han aconsejado Platon y Campanella en sus delirios (1). Aunque no fuese sino por desterrar ó destruir tan torpes errores, sería un bien para la humanidad que la religion cristiana fuese la religion universal.

Ni el hombre ni la muger pueden contraer matrimonio antes de la pubertad, que es la edad en que se presume pueden consentir en el matrimonio y tener cópula.

Lo pueden contraer los viejos y los estériles siendo capaces de cópula perfecta. En los moribundos esta capacidad ó potencia se presume existente mientras viven, y por consiguiente pueden contraer matrimonio válidamente hasta su muerte.

La prematura conjuncion de hombres y mugeres disminuye el número de sus

(1) Diodorus Siculus lib. 2 cap. 58: Plutarchus, *in vita Licurgi:* Julius Cæsar, lib. 5 *De bello gal.* Puffendorfius, lib. 6 cap. 1.

hijos, enerva á los padres, y no produce sino una generacion débil. Ha sido, tal vez, por esta razon el establecerse la costumbre entre los judíos de no casarse los varones hasta la edad de diez y seis á diez y siete años: el darse á los antiguos griegos por regla el no casar hasta los treinta, eligiendo muger de quince; y el haberse establecido en el código de Francia que los varones no puedan casar hasta los diez y ocho años cumplidos, y las hembras hasta los quince.

Las leyes de la antigua Roma parece que no exigían mas que la pubertad para el matrimonio; y como esta se anticipa ó retarda segun las constituciones físicas y los climas, no determinaron la edad en que se debian suponer púberos los varones y las hembras. Esta omision dió márgen á los sistemas casiano y proculeyano, que han entretenido, y al parecer tambien divertido escandalosamente á los jurisconsultos latinos hasta el emperador Justiniano. Los de la escuela casiana opinaban que solo por la aptitud del cuerpo se podia decidir la pubertad; y los de la proculeyana que debia decidirse por los

años. La opinion casiana se reputaba generalmente por torpe cuanto á las hembras; pero se sostuvo y fue admitida en los tribunales cuanto á los varones, hasta que aquel emperador estableció que los hombres á los catorce, y las mugeres á los doce años pudiesen contraer matrimonio (1).

Esta ley no lo ha sido para España, que gobernada ya entonces por los godos y otros aventureros, ninguna ley recibia de Constantinopla. Prueba de ello es, que ciento y un años despues, es decir, en el de seiscientos treinta del Señor, todavía se reputaban púberos en España para contraer matrimonio los que, segun su disposicion corporal, podian engendrar y concebir (2). Tan absurda práctica debió cesar desde el año de 1180 ó el de 1210, y cuando menos desde que se puso en observancia la ley de D. Alonso el Sabio, por la cual ordenó que el varon para contraer matrimonio ha de tener catorce años, y la

(1) L. *Indecoram* 3 Cod. lib. 5 tit. 60, y §. 1 Instit. *De nuptiis*.

(2) Isidor. cap. 3 lib. 4 tit. 2 *De despons. impub.*

hembra doce, y que si lo contrajesen antes no valga como matrimonio, sino como esponsales, á no ser que estuviesen para cumplir la edad, y fuesen hábiles para juntarse carnalmente (1).

Cuando la edad referida deba entenderse próxima á su cumplimiento, lo juzgará la prudencia y discernimiento del juez (2), sin permitir ni decretar pruebas que ofendan el pudor y la decencia.

CAPÍTULO IV.

De las oposiciones al matrimonio, y de las causas que le impiden y no le dirimen.

Contra la voluntad de los padres, abuelos ó tutores no debe concederse el permiso de casar sino en los casos prescritos en el tratado de los esponsales.

Habiendo promesa conforme á la ley de contraer matrimonio con una persona, esta es parte legítima para oponerse á que

---

(1) Decret. cap. 9 y 14 ibi: l. 6 tit. 1 Partida 4.

(2) Ferraris verbo *Matrim.* art. 2 num. 24.

el promitente contraiga con otra, porque los primeros esponsales por su órden son preferidos (1).

La muger desflorada por fuerza física ó moral, esté ó no embarazada, probando lo marcado ácia el fin de la seccion II, capítulo II de los esponsales, puede oponerse al matrimonio con otra.

No puede oponerse la viuda, ni tiene accion alguna cuanto á su persona en igual caso (2); y con mas razon no puede oponerse tampoco la muger desflorada por otro.

Si, no obstante la demanda en oposicion al matrimonio intentado fundada en alguna de las causas expresadas, el ordinario eclesiástico le mandase celebrar, celebrándose de hecho, el matrimonio asi contraido es válido; pero el ordinario hace fuerza, y se podrá intentar este remedio en el tribunal real ó el de apelacion para impedir su ejecucion y demas efectos de derecho.

No debe contraerse matrimonio duran-

---

(1) L. 10, 27 y 30 tit. 13 Part. 5, y l. 9. tit. 19 lib. 3 del Fuero Real.

(2) Llano en la l. 80 de Toro num. 3.

te el entredicho puesto por el sumo pontífice, por el obispo, ó por el juez, sea por evitar escándalo ó tumulto, ó para averiguar si media ó no algun impedimento de que se duda. Casándose no obstante el entredicho, hasta conocerse de él deben separarse los contrayentes, penitenciarse y castigarse todos los contraventores, y el clérigo que asistiese al matrimonio quedará suspenso de su beneficio por tres años, y si lo exije la culpa será castigado mas gravemente (1).

No debe administrarse el sacramento del matrimonio á los excomulgados,

A los que están en pecado mortal.

Al católico ó católica que quiere contraer con herege, á no ser que preceda dispensacion apostólica con causa grave, como lo es la probabilidad de su conversion,

A los que no han sido proclamados tres veces, á no ser que obtuviesen dispensa de proclamas,

A los que no saben la doctrina cris-

---

(1) Cap. 1 y 3 tit. 16, y cap. 3 tit. 3 lib. 4 Decret.

tiana, á los cuales se debe suspender el sacramento por un término breve y prudente á juicio del párroco ó del ordinario, para que en él aprendan los rudimentos de la fe; en la inteligencia de que si su ignorancia procede de rudeza, se les debe administrar (1).

El tiempo feriado no impide el contrato del matrimonio, pero sí las velaciones, el cual ha sido vario y muy largo en la antigua Iglesia, y en el dia dura solamente desde el miércoles de ceniza hasta la octava de pascua, y desde el adviento hasta el dia de la epifanía (2).

El voto simple de castidad, de entrar en religion, de recibir órden sagrado, ó el de no casarse, impiden y no dirimen el matrimonio (3).

---

(1) Benedicto XIV *De Synod. diœces.* lib. 8 cap. 14.

(2) Conc. Trid. ses. 21 cap. 10 *De reformat. matrim.*

(3) Cap. unic. *De voto in* 6: cap. *Consuluit* 4, et cap. *Rursus* 6 *qui clerici, vel voventes matrimonium.*

CAPÍTULO V.

De las demandas sobre nulidad del matrimonio.

El matrimonio contraido por fuerza, como si prenden ó ligan á uno de los contrayentes para que case, es nulo.

Lo es tambien el contraido por miedo mayor, como queriéndole herir ó matar, ó reducirle á servidumbre, ó amenazando á una doncella de desflorarla si no se casa (1).

El miedo justo, el reverencial, y otros semejantes, no son suficientes para anular el matrimonio (2).

Solo el contrayente ó contrayentes cuyo consentimiento no ha sido libre pueden atacar este matrimonio (3).

El error en el contrato del matrimonio puede apelar sobre la persona de uno

(1) L. 15 tit. 2 Part. 4: l. 1 sig. Dig. *Quod metus causa*: Berardi, disert. 4 cap. 3 pag. 115 y 116; Wan-Spen. p. 2 tit. 13 cap. 8 num. 12.

(2) Argum. l. 1 et seqq. Dig. *Quod metus causa*, et ibi glos.

(3) Argum. l. 8 tit. 1 Part. 4.

de los contrayentes, su fortuna, su condicion, ó sobre su calidad.

El error sobre la persona en todos casos hace nulo el matrimonio, no interviniendo nuevo consentimiento del que ha contraido por error despues que supo la verdad. A este solamente pertenece el derecho de atacar el matrimonio, y él solo le puede renunciar (1).

El error sobre la fortuna ó calidad, como si el plebeyo se casa por noble, ó el pobre por rico, ó por vírgen la que no lo es, no anula el matrimonio (2).

Se exceptúa el caso de un príncipe que casase con la que suponia heredera de un trono, no lo siendo (3).

Por error en la condicion de la persona se entiende cuando se casa con ella en el concepto de libre, siendo esclava. Este error dirime y anula el matrimonio,

---

(1) L. 10 tit. 2 Part. 4: cap. *Quod autem*, causa 29 q. 1: Wan-Spen, p. 2 cap. 3 num. 3: Ferraris, verbo *Impedim. matrim.* num. 13: Berardi, disert. 4 tom. 3 cap. 3 ex pag. 112.

(2) L. 10 tit. 2 Part. 4: cap. *Quod autem*, causa 29 q. 1.

(3) D. Thom. in quart. sentent dist. 30 q. 1 art. 2 ad 5.

á menos que la persona libre consienta, despues de saberlo, por palabras, hechos ó cópula (1).

Se ha opinado que no es suficiente para dirimir el matrimonio la condicion ignorada de siervo adscripticio, perpétuo, condicional, originario é inquilino, especies de servidumbres usadas por los romanos, y muy parecidas á las que todavía existen en algunos estados de Europa, y que mil años hace se conocian en España con los nombres de *sólidos* y *afocados*, hombres propios del señor directo ó solar. Ni esta ni otra servidumbre comparable existe ya en España; por lo que no hay necesidad de examinar dicha opinion (2).

El matrimonio contraido por una persona libre con otra de condicion servil en el concepto de libre, si antes la conoció esclava, es válido. Lo es tambien el contraido por dos siervos, aunque fuese contra la voluntad de sus señores. Del mismo modo es válido el contraido por una per-

(1) L. 11 ibi: cap. *Ad nostram de conjug. servorum.*

(2) Ferrar. verb. *Impedim. matrim.* num. 17.

sona servil con otra que creía libre, siendo sierva. Finalmente es válido el matrimonio contraido con persona libre, á quien se creía sierva (1).

El matrimonio contraido por subdiácono, diácono o presbítero, es nulo; pero será válido si estos órdenes sagrados se han recibido despues de contraido el matrimonio, aunque no se hubiese consumado (2).

Solo el voto solemne de castidad hecho al tiempo de la profesion en alguna de las religiones aprobadas por la silla apostólica anula el matrimonio no consumado contraido antes (3).

Parentesco es la aligacion de personas por consanguinidad ó afinidad.

Consanguinidad es la union de personas como descendientes de una misma raiz ó tronco.

Linea de parentesco es el ordenado

(1) Cap. *Dignum est* 4 *de conjug. servor.* D. Thom. in 4 d. 36 art. 1 ad 1, cum Soto, Sanchez, et aliis.

(2) Cap. unic. *De voto in* 6: *extravag. antiquæ De voto:* Conc. Trid. ses. 24 can. 9 *De sacram. matrim.*

(3) Conc. Trid. ibi, can. 6.

ayuntamiento de personas enlazadas, descendientes de una raiz.

Es de tres modos: *ascendental*, cual es la de padre, abuelo, bisabuelo, trasabuelo, y de éste arriba: *descendental*, la de hijo, nieto, biznieto, trasbiznieto, &c.; y *transversal*, la que comienza en los hermanos y desciende por grados en sus hijos, nietos, y demas procedentes de aquel linage. Esta misma será igual ó desigual segun que las personas disten ó no del tronco comun con igualdad de grado.

Grado es el número de personas ó de generaciones que hay hasta cada uno de los parientes, contado desde el tronco comun.

Se cuentan los grados de dos modos: por derecho civil, con respecto á las herencias y succesiones legítimas abintestato; y por derecho canónico con respecto al matrimonio.

El derecho civil cuenta los grados por el número de generaciones que median entre las personas de cuyo parentesco se trata; y el canónico por el de personas que hay hasta el tronco comun, no contando la persona de éste.

En las líneas ascendental y descendental, el resultado de una y otra cuenta es lo mismo. Por ámbas el padre y el hijo están en primer grado: los abuelos en segundo: los bisabuelos en tercero; y en cuarto los trasabuelos. En la línea descendental, los hijos en primer grado: en segundo los nietos: en tercero los biznietos; y en cuarto los trasbiznietos.

No sucede así en las líneas trasversales. En las iguales, segun el derecho civil, los hermanos se hallan en segundo grado de parentesco: los hijos de hermanos en cuarto: los nietos de hermanos en sexto; y asi succesivamente, contando todas las generaciones subiendo hasta el tronco, y descendiendo en seguida.

En las desiguales segun el mismo derecho, los tios y sobrinos se hallan en tercer grado: los nietos de mi hermano se hallan en cuarto grado conmigo: sus biznietos en quinto; y asi los demas.

Segun el derecho canónico, en la línea trasversal igual, los hermanos se cuentan en primer grado: los hijos de dos hermanos en segundo: en tercero sus nietos; y en cuarto sus biznietos.

En la desigual segun este derecho se constituye el grado por el que ocupa la persona mas distante del tronco comun. Asi el tio se halla en segundo grado con los hijos de su hermano: en tercero con los nietos del mismo; y en cuarto con sus biznietos (1).

El matrimonio entre ascendientes y descendientes, por mas que disten, es nulo; pero es válido entre colaterales, hallándose ámbos ó uno de los contrayentes fuera del cuarto grado contado segun el derecho canónico (2).

La prohibicion de unirse en matrimonio los consanguíneos colaterales que se hallan en segundo, tercero ó cuarto grado, puede levantarse por el sumo pontífice por los motivos de que hablaré mas adelante.

Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado, ó por

---

(1) Cap. *Ad sedem* 35 quaest. 5: y l. 1, 2, 3 y 4 tit. 6 Part. 4.

(2) Fuero Juzgo tit. 1 lib. 4: y l. 3, 4 y 5 tit. 6 Part. 4. Con los indios hay la excepcion de que informa el Concilio de Lima 2, ses. 3 capit. 69.

cópula ilícita, entre el varon y los parientes de la muger, y entre la muger y los parientes del varon.

Los consanguíneos de uno de los cónyuges son afines del otro cónyuge en los mismos grados en que se hallan con aquel por consanguinidad (1); pero los consanguíneos de uno y otro no son afines entre sí (2).

Muerto uno de los cónyuges, el que sobrevive no puede casar con ningun ascendiente ni descendiente del cónyuge muerto, ni con ninguno de sus consanguíneos dentro del cuarto grado inclusive, sin dispensa (3).

El que segun su ley hubiese casado con consanguíneo ó afin en grado prohibido por las leyes eclesiásticas, aunque despues abrace la religion cristiana, no se deshace el matrimonio contraido (4).

Si la afinidad procede de cópula ilíci-

---

(1) L. 5 tit. 6 Part. 4.

(2) Cap. 5 lib. 4 tit. 14 Decretal. *De consang. et affin.* Wolfius *Jus Nat.* tom. 7 p. 7 cap. 3 §. 608.

(3) Dicha ley 5.

(4) L. 6 ibi.

ta no impide ni dirime el matrimonio, sino en el primero y segundo grados (1).

Como los consanguíneos del marido no son afines de los consanguíneos de la muger, como se ha dicho, pueden unirse en matrimonio (2).

Antes del Concilio Lateranense no solo estaba prohibido el matrimonio al cónyuge vivo con los consanguíneos del cónyuge muerto, sino que tambien la persona con quien contrajese segundas ó terceras nupcias, no podia casar con dichos consanguíneos del muerto. Esta prohibicion se alzó por el expresado concilio (3).

En virtud de esta determinacion del Concilio, se duda si el padrastro puede casar con la que en otro tiempo ha sido muger del hijastro, ó la madrastra con el que fue marido de la hijastra. La sagrada Congregacion y Benito XIV resolvieron que pueden segun el Concilio; y su resolucion puede seguirse con seguridad, no

(1) Conc. Trid. ses. 24 cap. 4 *De reformat. matrim.* Fagnanus ad cap. *Non debet de consang.* num. 18.

(2) Cap. 5 lib. 4 tit. 14 Decretal. *De consang. et affin.*

(3) Cap. 8 ibi.

obstante las observaciones hechas en contrario por Berardi (1).

La afinidad superveniente no dirime el matrimonio ya contraido (2).

Aunque el matrimonio no se haya consumado, sin embargo los consanguíneos de uno de los cónyuges son afines del otro; y del mismo modo que si se hubiese consumado, es nulo el matrimonio de cualquiera de los cónyuges con sus afines hasta el cuarto grado inclusive (3).

Si el matrimonio rato y no consumado fue nulo, ó se disolvió antes de verificarse la condicion de futuro, no produce afinidad, y cualquiera de los cónyuges puede casar con los consanguíneos del otro (4).

El que contrajese esponsales de futuro

---

(1) Benedict. XIV *De Synod. diœces.* lib. 9 cap. 13: Berard. *In jus ecclesiast.* tom. 3 edit. matrit. pag. 135 et 136: Wan-Spen p. 2 tit. 13 cap. 5 nums. 24 et 25.

(2) Cap. 2 y 6 *De eo qui cognovit*: Berardi, ibi p. 137.

(3) Conc. Lateran. cap. 8 lib. 4 tit. 14 *De consang. et affinit.*

(4) Barbosa *In collectaneis DD.* ad cap. 3 Synod. Trid. num. 10.

válidos y exequibles con una persona, aunque se disuelvan, no puede casar con los parientes en primer grado de consanguinidad de aquella (1). Si estos esponsales fueron nulos, no impiden dicho matrimonio.

Tambien es nulo el matrimonio entre el bautizado y el que le bautizó: entre el bautizado ó confirmado y su padrino ó madrina: entre estos y el padre ó la madre del bautizado ó confirmado: y entre estos dos y el que bautizó á su hijo.

Siendo nulo el bautismo ó la confirmacion, no producen parentesco espiritual (2).

Igualmente es nulo el matrimonio entre el adoptante y el adoptado y los descendientes de éste hasta el cuarto grado, aunque la adopcion se hubiese disuelto por la emancipacion: entre los hijos legítimos del adoptante y el adoptado, si no se disolvió antes la adopcion: entre el adoptante y la muger del adoptado, y al re-

(1) Conc. Trident. ses. 24 cap. 3.

(2) Wan-Spen p. 2 tit. 13 cap. 5 y 6: Berardi tom. 3 pag. 121: Ferrar. verb. *Impedim. matrim.* num. 27 al 75.

vés, entre este y la muger de aquel, cuyo parentesco legal dura aun despues de disuelta la adopcion. Fuera de estos casos no hay parentesco, y se puede contraer matrimonio (1).

La prohibicion de unirse en matrimonio los consanguíneos y los afines ¿es de derecho natural?

Esta cuestion, cuyas consecuencias son muy graves, ha llamado la atencion de hombres respetables, y entre ellos de Sócrates, segun lo refiere Xenophonte, de Platon, Diógenes, Chryssippo, Miguel de Epheso, Ciceron, Papiniano, Puffendorfio y de Wolfio, á que añadiremos nuestro español Dou (2).

Wolfio ha demostrado que la union conyugal es inconciliable con los respetos y obligaciones inherentes á la paternidad y á la filiacion, concluyendo que es contra derecho natural el matrimonio entre ascendientes y descendientes, y que todos los demas solo están pro-

---

(1) Ferraris, Wan-Spen y Berardi ibi.
(2) Wolf p. 7 *Jus Nat.* cap. 4 §. 826 al 830: Dou, lib. 3 tit. 5 cap. 5 sec. 2 art. 3 §. 6 num. 2 pag. 347.

hibidos por derecho positivo (1).

Tendiendo la vista sobre los antiguos pueblos, y aun sobre algunos modernos que carecen de las verdades reveladas, vemos con sorpresa que no en pocos la sensualidad venció al pudor, la audacia al temor, y la demencia á la razon, como decia Ciceron. Cambyses rey de Persia se enamoró y casó con una hermana: Isis reina de Egipto casó con su hermano Osiris: entre los persas, los árabes y otros pueblos y tribus eran frecuentes los matrimonios entre padres é hijos: en algun otro no habia ni hay idea del pudor: los israelitas y los egipcios casaban con las viudas de los hermanos: los lacedemonios permitian el matrimonio con la hermana hija de la madre comun; y los atenienses, durante algun tiempo, lo han permitido con la hija del propio padre. Desde el Concilio Lateranense las leyes de la Iglesia recibieron mudanzas tambien en este punto; y hoy mismo su disciplina no es en el todo uniforme y universal.

(1) En Roma se dispensa en el primero y segundo grados. Circular del Consejo Real de 29 de marzo de 1815.

La historia de los extravíos humanos en el particular de que se trata sería mas curiosa que útil; y el examen profundo de la cuestion pendiente, á mi modo de ver, no da lugar á la esperanza de convencer á todos. Para los que tuvimos la felicidad de mamar principios de sana moral y religion, basta saber que Platon ha dicho que Dios odiaba á los incestuosos: que en el Levítico se les impuso la pena de ser apedreados: que san Pablo, en algun caso, los entregó á satanás para que perezca su carne: que los antiguos romanos los castigaban con el mismo ó mayor rigor que á los adúlteros: que por derecho canónico, los parientes en grado prohibido que contraen matrimonio y son contumaces, incurren en excomunion; y que por las leyes del reino, los incestuosos, acusados criminalmente, deben castigarse como entre los romanos, y perder la mitad de sus bienes con aplicacion á la real Cámara (1). Conviene ad-

---

(1) Plato. lib. 8 *De legibus*: Cicero *in orat. pro Aulo Cuentio*: Levit. cap. 20 vers. 11 et caput. 18: Deuteronom. cap. 22 vers. 22. Paulus ad Corinth. cap. 5 vers. 4: Simon Vanleeuwen

vertir que los legisladores romanos y españoles no han previsto que la pena ordinaria del adulterio no es aplicable al incesto por la falta comun de cónyuge agraviado á cuya disposicion se ponga al delincuente; por lo cual Gomez, Avendaño, Villadiego, Montalvo y Acevedo han opinado que la pena del incesto es arbitraria (1), y su opinion está recibida por costumbre.

Es nulo el matrimonio contraido por una muger robada con violencia física ó moral equivalente con su raptor en el tiempo en que se hallaba en su poder: pero vale si le ha consentido estando separada ó en lugar libre y seguro (2).

Fragm. XII tabul. de incestu: Corpus Juris tom. 2 pag. 753: l. Miles 11 §. *Militem* Dig. ad leg. Juliam *De adulter.*: can. 9 caus. 35 q. 2: can. 89 caus. 3 q. 1: Clement. *Unic. de consang.*: leyes 1 y 7 lib. 3 tit. 5 del Fuero Juzgo: leyes 1 y 3 tit. 8 lib. 4 del Fuero Real: ley 5 tit. 18 Partid. 7: ley 6 tit. 18 Part. 4; y ley 7 tit. 20 libro 8 Recop.

(1) Gomez in l. 30 *Tauri* num. 15: Avend. respons. 7 num. 3: Villadieg. in l. 1 *For. Judic.* num. 2: Azeved. in lib. 7 tit. 20 lib. 8 Recop.

(2) Cap. 7 *De raptoribus*: Conc. Trid. ses. 24 cap. 6 *De reformat. matrimon.*: Berardi tom. 3 dist. 4 cap. 3: Wan-Spen p. 2 tit. 13 cap. 10 num. 13.

La nulidad de este matrimonio se funda en la presuncion de que falta la libertad necesaria para el valor del consentimiento. Por tanto es igualmente nulo, aunque la muger robada sea una ramera, y aunque sea varon el robado (1).

Tambien es nulo el matrimonio por *uxoricidio* ó *mariticidio*, cuando el hombre ó la muger casados, ó una que quiere casar con uno de ellos, para poder verificarlo, precediendo ó no precediendo adulterio, por acuerdo de uno y otro conjurados, mata al cónyuge, cuya vida impide el segundo matrimonio intentado (2).

Si la muerte fue por casualidad, ó sin dicha maquinacion, no se anula el matrimonio; y lo mismo si ambos no han concurrido física ó moralmente á la muerte: si ésta no se verificó, aunque se intentase, y si la muerte no se dispuso ni ejecutó con ánimo de casarse los dos culpados (3).

Si el uxoricidio ó mariticidio han sido

---

(1) Berardi tom. 3 dis. 4 cap. 3.

(2) Conc. Tribur. can. 40: cap. *Laudabilem* 1 *de convers. infidel.*: l. 11 §. 11; y l. 40 Dig. ad l. Jul. *de adulter.*: novel. 134 cap. 12.

(3) Cap. *Laudab.* ibi; Ferrar. verb. *Imped. matrim.* ex num. 75 ad 87.

precedidos de adulterio, para anularse el segundo matrimonio basta que el cónyuge adúltero sea la verdadera causa física ó moral de la muerte del otro cónyuge, y que se ejecute con el ánimo de casar con el cómplice en el adulterio, aunque éste no sea sabedor ni de la muerte ni del designio (1).

Por el solo adulterio consumado es nulo el matrimonio entre adúltero y adúltera, si antes ó despues de la cópula se han prometido séria y mútuamente el casar despues de la muerte del otro cónyuge, aunque no atentasen contra su vida (2). Si el primer matrimonio era nulo, ó si el cómplice en el adulterio le ignoraba, es válido el segundo que este contrajese por palabras de presente (3).

La nulidad del matrimonio por alguno de los delitos que quedan expresados,

---

(1) Cap. *Significaverit nobis* 2. et cap. *Super hoc* 3 *de eo qui duxit in matrim.* et cap. *Si quis vivente* 5 caus. 31 q. 1.

(2 y 3) Cap. *Relatum est* 4 caus. 31 q. 1: cap. *propositum* 1: cap. *ex litterarum* 4: cap. *significasti* 6: cap. *veniens* 7 *de eo qui duxit in matrim.*: cap. *si quis* 8 ibi; et cap. *adolescens* 32 *de spons.*

no es de derecho natural ó divino, sino de derecho eclesiástico. Por consiguiente, si dos infieles durante su infidelidad cometiesen estos delitos, convertidos despues á la fe católica, pueden casarse, por haberlos cometido en tiempo que no estaban sujetos á las leyes eclesiásticas; mas no pueden casar si cuando se cometió el delito uno de ellos era católico (1).

Igualmente es nulo el matrimonio por la perpétua é incurable impotencia de los casados para la cópula perfecta.

Si la impotencia sobrevino despues de contraido el matrimonio, no le anula, aunque sea perpétua é incurable.

La falta de un solo testículo no constituye impotencia ni invalida el matrimonio.

El matrimonio con eunuco ó capon es nulo (2).

La impotencia invencible con respecto á persona determinada, invalida el matrimonio con ella, y puede contraerlo vá-

---

(1) Cap. *Si quis vivente, et alu citati.*

(2) Sixtus V in const. incip. *Cum frequenter*: cap. 2, 3, 6 y 7 lib. 4 tit. 15 Decretal. ley 2 tit. 8 Part. 4.

lidamente con las demas con quienes no haya igual impotencia.

La impotencia curable no invalida el matrimonio (1).

Para juzgar si hay ó no impotencia, y de qué clase, despues de declarar los dos casados, tratándose de estrechez ó de otra cosa igual de la muger, se debe mandar que ella sea reconocida por matronas, y el varon por médicos. Si por las declaraciones de todos resultare manifiesta ó moralmente cierta la impotencia antecedente, invencible é incurable, sin mas requisitos se declarará nulo y disuelto el matrimonio, autorizando al potente ó con potencia respectiva para casar con quien quisiere (2).

Dudándose despues de estas declaraciones si la impotencia es ó no invencible, se debe mandar á los dos casados que cohabiten durante tres años, jurando que usarán del matrimonio en lo posible. Si pasado este tiempo declarasen bajo jura-

(1) Las mismas citas del num. anterior.

(2) Resolut. sacr. congr. Concil. in Seguntina 12 sept. 1609 apud Pignatell. tom. 1 consultat. 147 num. 21 et 23: Ferrar. verb. *Impedim. matrim.* art. 2 ex num. 29 ad 59.

mento que no habian podido conseguir la cópula, confirmándose la impotencia por declaraciones en la misma forma de siete parientes inmediatos del varon y de otros tantos parientes de la muger, y en su defecto por igual número de vecinos que declaren la certeza de la impotencia, ó que creen que los casados han dicho la verdad, debe ser juzgada perpétua é incurable la impotencia, y el matrimonio nulo como en el caso anterior (1).

Negando uno de los cónyuges, y afirmando el otro la impotencia perpétua invencible, bastan los siete testigos parientes de parte del que afirma.

Si pasados los tres años el varon de cuya potencia se duda declara que no tuvo cópula perfecta con su muger, y ésta declara que la tuvo, no apareciendo señales ciertas sino dudosas de la impotencia, debe creerse á la muger y juzgarse válido el matrimonio.

Negando la muger que hubiese cópula pasados los tres años, y afirmando

(1) L. 5 y 6 tit. 8 Part. 4: Ferraris verb. *Impedim. matrim.* art. 2 ex num. 29 ad 59.

el marido que la hubo, no apareciendo señales ciertas, debe creerse al varon.

No constando si la impotencia precedió ó sobrevino al contrato del matrimonio, siendo impotencia natural, se presume que precedió, y lo mismo siendo accidental si ambos cónyuges lo declaran, ó se quejase de ello el potente dentro del primer mes siguiente al matrimonio; pero pasado este término se presume que la impotencia sobrevino, y no invalida el matrimonio (1).

Disuelto el matrimonio por estrechez de la muger, si fuese conocida carnalmente por el segundo marido, se la ha de restituir al primero, á menos que se pruebe que nunca la conocería sin el auxilio del segundo (2). En la historia de la Real academia de Ciencias de París se refiere un caso en que el marido no pudo vencer la estrechez del vaso de su muger sino al cabo de veinte años.

El marido y la muger juntos, ó cualquiera de los dos puede pedir la disolu-

(1) L. 6 tit. 8 Part. 4: Ferrar. verb. *Impedim. matrim.* art. 2 ex num. 29 ad 59.
(2) L. 3 ibi; Ferraris ibi.

cion del matrimonio por impotencia; y callando ambos, ningun otro la puede pedir (1).

Siendo nulo el matrimonio por parentesco de consanguinidad ó afinidad, ó por el espiritual, cualquiera puede pedir su disolucion, manifestando el grado de parentesco, y expresando algunas de las personas de la línea (2).

En los pleitos sobre disolucion del matrimonio por parentesco pueden ser testigos los padres y demas parientes (3).

Afirmando los parientes que no hay parentesco, y los que no son parientes que lo hay, se debe juzgar conforme al mayor número y cualidad de los testigos (4).

Negando la muger que hubiese consentido en el matrimonio, aunque sus parientes y los del marido pueden ser testigos, no obstante los del marido que afirma el consentimiento de aquella, son sospechosos si el marido no es igual á la

---

(1) L. 1 tit. 9 Part. 4.
(2) L. 3 y 11 ibi.
(3) L. 15 ibi; y cap. 3 tit. 18 lib. 4 Decret.
(4) L. 17 ibi.

muger en honra, linage y riquezas (1).

Para que los testigos prueben en las cuestiones sobre nulidad del matrimonio, deben ser exentos de sospecha y pecado mortal, y reunir ademas los requisitos que siguen:

1.° Que sea verisimil el que supiesen ó tuviesen noticia de lo que declaran:

2.° Que sean personas honradas y de buena opinion:

3.° Que juren que van á declarar solo por hacer patente la verdad, y no por esperanza de premio, ó por otro motivo equivalente:

4.° Que declarando sobre parentesco, principien en el tronco comun, ó al menos en dos, sus hermanos ó hermanas, y desde aqui desciendan hasta los mismos cónyuges (2).

Para probar el abuelo, si éste fue tan antiguo que los testigos no han podido conocerle, basta que se declare de oidas y

---

(1) L. 16 tit. 9 Part. 4.

(2) L. 18, 19 y 20 ibi. cap. 2, 3, 4 y 5 *Qui matrim. accus*: cap. 47 *De testibus*: cap. 7 *De consang. et affin.*: can. 1 et seqq. causa 35 q. 6 et ibi Gratian.

fama pública. Fuera de este caso los testigos de oidas no son suficientes para dirimirse el matrimonio por parentesco en los grados prohibidos, desde el Concilio Lateranense (1).

Finalmente son írritos y nulos los matrimonios que no se celebran en presencia de dos ó tres testigos y dél propio párroco, ó de otro sacerdote con licencia suya ó del ordinario (2). Esta presencia debe ser moral, y no basta la física (3).

Algunos modernos opinan que tambien se debe dirimir el matrimonio por la diversidad de culto de los contrayentes; mas al paso que parece manifiesto que la Iglesia no desea tales matrimonios, al mismo tiempo es cierto que nunca los declaró nulos por este solo motivo (4).

---

(1) Las mismas autoridades del anter. num.: l. 8 tit. 11 lib. 2 Recop.: Castillo, lib. 6 capit. 122 num. 24.

(2) L. del tit. 3 Part. 4: l. 1 tit. 1 lib. 5 Recop.: Concil. Trid. ses. 24 *De reformat. matrim.* cap. 1: Tertulian. in lib. *De pudicitia* capit. 4: D. Ignat. Mart. in Epist. ad Polycarpum.

(3) Ferrar. verb. *Matrim.* art. 1 ex num. 44: Wan-Spen, p. 2 tit. 12 cap. 5: Berard. tom. 3 disc.; y dicha l. 1 tit. 1 lib. 5 Recop.

(4) Berard. disert. 4 cap. 6 tom. 3: Wan-Spen p. 2 tit. 13 cap. 8 num. 12.

CAPÍTULO VI.

De las dispensas matrimoniales.

La prohibicion de unirse en matrimonio algunas personas puede alzarse dispensándose en ella por causa justa.

No he visto definido á quién compete el poder de alzar estas prohibiciones; mas despues que ha sido recibida la opinion nacida en el siglo doce, de que el papa no estaba ligado por ningun cánon ni decreto, aunque emanase de Concilio general, desde entonces se aumentó la concesion de dispensas por la cabeza de la Iglesia, y comenzó la costumbre observada en los siglos siguientes en todos los dominios de España y otros estados católicos, por la cual se halla establecido lo siguiente:

En general el poder de dispensar las prohibiciones de ciertos matrimonios reside en el sumo pontífice, quien le puede delegar, como Clemente XIV le delegó en los arzobispos y obispos de los estados españoles de ultramar (1).

---

(1) Véanse sus letras de 27 de marzo de 1770.

Los obispos no pueden dispensar sino en los impedimentos que impiden el matrimonio, y no le dirimen despues de contraido.

Se exceptúa el impedimento que consiste en esponsales contraidos con otra persona, y el que procede de voto no condicionado de continencia perpétua, ó de entrar en religion, en los cuales no pueden dispensar los obispos.

Cuanto al fuero interno tambien pueden dispensar los obispos en los impedimentos que dirimen el matrimonio, concurriendo los cuatro requisitos que siguen:

1.º Que el matrimonio se haya celebrado y consumado ya:

2.º Que se hubiese contraido de buena fe por ignorancia de hecho ó de derecho de los contrayentes:

3.º Que el impedimento sea oculto, y que los cónyuges no puedan facilmente separarse sin escándalo:

4.º Que no se pueda cómodamente obtener la dispensa de su Santidad, ó por

---

y la próroga de los Breves de 11 de julio de 1789, y de 15 de agosto de 1790.

la distancia del lugar, ó por la pobreza de los cónyuges, por su rusticidad, ó por otras razones iguales.

Aunque el impedimento sea dirimente, si fuese oculto, si causas muy graves exigen el matrimonio, no pudiendo diferirse sin escándalo, y no habiendo tiempo para obtener la dispensa de su Santidad, se opina que los obispos pueden dispensar, aunque el matrimonio no esté contraido.

Los vicarios generales de los obispos no pueden dispensar en los impedimentos que pueden éstos, si no que tengan facultad especial para ello.

Otro cualquiera sacerdote idóneo puede válidamente dispensar en los mismos impedimentos que el obispo, si éste le ha delegado su jurisdiccion especial para dicho efecto.

Sede vacante, el vicario capitular puede dispensar válida y lícitamente en el fuero de conciencia en los mismos impedimentos ocultos en que puede el obispo, aunque no en los que éste no puede sino por facultad especial ó particular privilegio.

Los legados *à latere* y los nuncios apostólicos pueden en sus provincias dispensar en los impedimentos que pueden los obispos en sus diócesis. Ademas suelen llevar facultades especiales de los sumos pontífices para otras dispensaciones.

El comisario de cruzada y algunos religiosos tienen tambien autoridad para dispensar en algunos impedimentos conforme al tenor de las letras pontificias que hubiesen obtenido, á las cuales deben arreglarse.

No siendo en los casos expresados, está recibido que solo el sumo pontífice puede dispensar.

El poder de dispensar no se extiende á los impedimentos que lo son por derecho divino ó natural, y sí solamente á los que proceden de derecho eclesiástico. Por consiguiente se puede dispensar en el voto solemne de castidad, como se dispensó al rey D. Ramiro de Aragon y á otros príncipes y grandes: se puede disolver el matrimonio rato no consumado consintiendo en ello los dos cónyuges; pero no puede alzarse la prohibicion de casar los ascendientes con sus descendientes, ni el

potente con el que no lo es, ni tampoco los hermanos, por estar reputada la prohibicion de su matrimonio de derecho natural racional secundario.

Las causas comunes que están recibidas para conseguir las dispensas matrimoniales son las que siguen:

1.ª La conservacion de la fe católica en las provincias en que los habitantes tienen diversas creencias:

2.ª La concordia en las familias ó la tranquilidad pública, cuando de no contraerse el matrimonio intentado se temen malas consecuencias:

3.ª El ser la muger al menos de veinte y cuatro años cumplidos, sin que fuese casada ni se espere que halle otro marido:

4.ª El ser ella pobre, y no poder hallar otro marido de su condicion sino el pariente:

5.ª El haber nacido y sido educada la muger en tal lugar que no halla otro marido de su calidad mas que el pariente:

6.ª El haber violado á la parienta sin ánimo de conseguir dispensa, no pudiendo proveer á la fama de los dos si no se casan:

7.ª La declaracion jurada del que hizo voto simple de continencia de que no puede cumplirlo:

8.ª Los grandes méritos para con la Iglesia:

9.ª La conservacion de una familia ilustre, que de otro modo perecería:

10.ª La conservacion de facultades entre los consanguíneos, que no casando se distraerían por la dote, patrimonio de la muger, ó de otro modo.

Habiéndose contraido ya de buena fe el matrimonio entre personas ilegítimas, este solo hecho es motivo suficiente para conseguir la dispensa.

Si los contrayentes sabian el impedimento antes de casar, ó si en el matrimonio faltaron las formalidades que se requieren, deben separarse, y no se les suele dispensar sino cuando hay motivo muy grave y concurre interés público (1).

---

(1) Lo dicho sobre dispensas se tomó de Covarr. 4 Decret. 2 p. c. 6 §. 9: Reiffenst. lib. 1 Decret. tit. 2: Sanchez, *De matrim.* lib. 8 disp. 6: Ferrar. verb. *Impedim. matrim.* art. 3, y verb. *Dispensatio* art. 2 ex num. 41 ad 47: Wan-Speu p. 2 tit. 14 c. 1: Berard. tom. 3 dis. 4 q. 2: Teatro de la Legisl. palabra *Dispensas*.

El que obtuviese dispensa por pobre en impedimento de consanguinidad ó afinidad, queda válidamente dispensado, y legitimados los hijos concebidos ó nacidos despues de conseguir la dispensa, aunque la pobreza alegada fuese falsa (1).

Debe ejecutarse la dispensa matrimonial concedida entre parientes por la causa 5.ª, aunque los testigos declaren que en el lugar hay hombres iguales al pariente (2).

Las dispensas que tal cual vez conceden los sumos pontífices *in radice matrimonii*, no surten efecto sino en lo espiritual, de manera que los hijos que ni fueron concebidos ni nacieron despues de la dispensa son ilegítimos cuanto á todos los efectos temporales en estos reinos (3), y lo mismo todos los legitimados solamente por su Santidad; mas si sus Breves mereciesen el pase de los ordinarios diocesanos

---

(1) Sacr. Congr. Conc. 9 de setiemb. de 1679 lib. 3 Decret.: Ferrar. verb. *Matrim.* num. 42: l. 11 de Toro: Febrero p. 2 lib. 2 cap. 1 §. 4 pag. 60.

(2) Ferrar. ibi num. 43 art. 2.

(3) Eliz. tom. 5 part. 2 cap. 8.

como delegados regios, ó del Consejo en sus casos, sus legitimaciones con dispensa valen en todo, sin necesidad de real rescripto, como lo he visto resuelto por S. M. en un caso en que los padres no tenian mas que un hijo incestuoso con esta legitimacion, sin esperanza de otros, y con bienes libres y vinculares.

Si su Santidad declarase válido desde su otorgamiento un matrimonio, aunque fuese nulo, los hijos habidos antes de la declaracion, son legítimos cuanto á efectos así espirituales como civiles (1).

Es nula la dispensa cuanto á lo espiritual, si se obtuvo por la narrativa falsa de que uno de los cónyuges ignoraba el impedimento dirimente. Si la ciencia del impedimento fue posterior á la dispensa, no invalida su virtud, ni el matrimonio que por ella pudo contraerse (2).

El que obtuvo dispensa en grado prohibido de parentesco, y antes de presentarla contrajo matrimonio, ó conoció carnalmente á la esposa, en el primer caso

---

(1) Eliz. tom. 5 part. 2 cap. 8.

(2) Benedict. XIV const. incip. *Etsi matrimonialis* §. 7.

no es válido el matrimonio celebrado, ni pueden permanecer en él, y en el segundo no pueden contraerlo sin nueva dispensa (1).

El bígamo, aun despues de muerta la primera muger, no puede casar con la segunda, con quien ya habia contraido nulamente, sin dispensa de su Santidad (2).

Si en la justificacion que se ha de hacer de la narrativa que se expone en el tenor de las Letras apostólicas de dispensas ante su ejecutor, se hallase que los impetrantes están en grado de parentesco mas remoto al tronco que el dispensado en ellas, deben llevarse á efecto, sin necesidad de nuevo recurso á su Santidad (3).

Esto se entiende cuando no concurre otro impedimento mas que el dispensado y expresado; pero si se hallare que hay otro, como si la dispensa fuese para un

---

(1) Sacr. Congr. Conc. maj. 1735: Ferrar. verb. *Matrim.* art. 2 num. 44.

(2) Ferrar. ibi num. 45.

(3) Breve de 28 de junio de 1780 inserto en la Real céd. de 11 de marzo de 1781.

grado en tercero, y se hallase que ademas hay otro impedimento en cuarto, se debe recurrir á su Santidad y á la Sede apostólica, para que la nueva dispensa comprenda el grado no expresado en la primera concesion. Para que esto no acaezca con frecuencia, está mandado que en los atestados que se den por las curias arzobispales y episcopales para impetrar las dispensas *in formâ pauperum*, se expresen con toda distincion los grados de parentesco que unen á los suplicantes.

Un atestado auténtico de la pobreza de los suplicantes expedido en forma por el ordinario, exhibido en la Dataría apostólica, les surte el mismo efecto como si se presentaran en Roma en las causas de incesto cometido, de comunicacion que induzca infamia, y en las demas emanadas de parentesco.

Las penitencias impuestas por las Letras se pueden conmutar por los arzobispos y obispos á quienes se cometen, con tal que nunca se imponga la de dar limosna.

Por el oficio de la sagrada Penitenciaría se pueden conceder dispensas en ambos

fueros en los impedimentos de cuarto simple, ó de cuarto, mixto ó con atingencia con tercero solamente, concurriendo las tres circunstancias siguientes:

1.ª Que los matrimonios se hayan contraido de buena fe, observada la forma prescrita en el santo Concilio de Trento:

2.ª Que los suplicantes, despues de descubierto el impedimento, se abstuviesen de cópula carnal entre sí, y no de otro modo:

3.ª Que las súplicas se presenten en la Dataría apostólica, y por ella se remitan á la Penitenciaría con las facultades necesarias para que las conceda graciosamente (1).

Las súplicas deben presentarse al prelado diocesano, ó á la persona ó personas diputadas por él, para que con su informe las dirija como corresponde. Sin este requisito, aunque se obtenga la dispensa, no se la concede el pase, no siendo de las que vengan para los arctados, ó de las que se despachan por Penitenciaría (2).

---

(1) Real céd. de 11 de marzo de 1781.
(2) Circul. de 11 de setiemb. de 1778.

Para solicitar y obtener todas las dispensas que se despachan por Dataría, hay un agente en Madrid con su oficina correspondiente (1).

CAPITULO VII.

De las obligaciones que nacen del matrimonio.

Por el solo hecho de casar, los dos esposos contraen la obligacion de dar alimentos y educacion á sus hijos.

Los alimentos consisten en darles de comer, beber, vestir, calzar, habitacion. y todas las cosas necesarias á la vida, segun su estado físico, clase y facultades.

La educacion consiste en imponerles desde la tierna edad en las máximas cristianas y civiles que conviene, para que vengan á ser unos buenos ciudadanos, y en enseñarles algun oficio ó profesion con que puedan ser útiles para sí y para el estado.

Las juntas y establecimientos de cari-

---

(1) Real dec. de 30 de noviemb. de 1783.

dad y beneficencia están encargadas de socorrer á los legítimos y verdaderos pobres. Cuanto á los que no lo son, las juscias de los pueblos están autorizadas para apremiar á los padres á que cumplan dichas obligaciones (1).

Por defecto ó incapacidad de los padres, tienen las mismas obligaciones los abuelos, y los bisabuelos succesivamente por ambas líneas.

Siendo los hijos adulterinos, incestuosos, ó de otro modo ilegítimos, y dudándose quién es el padre, solo los abuelos y bisabuelos maternos están obligados á los alimentos y educacion de los nietos que no pueden recibirla de sus padres.

A los hijos menores de tres años los crien y alimenten las madres, y á los mayores los padres. Siendo pobre la madre, está obligado el padre á darla lo necesario para ello (2).

Los padres no están obligados á dar alimentos á los hijos que incurriesen en

(1) L. 2 tit. 19 Part. 4: Real céd. de 12 de julio de 1781, 15 de mayo de 1788; y circular de 6 de mayo de 1790.

(2) L. 3, 4 y 5 tit. 19 Part. 4.

delito ó ingratitud declarada suficiente por las leyes para desheredarlos (1). Se exceptúa la desheredacion por casar los hijos sin el necesario consentimiento de sus padres, la cual no impide la obligacion de alimentos (2).

Los alimentos deben acordarse en proporcion á las necesidades del que los reclama, y á las facultades del que los ha de dar.

Teniendo el alimentario medios de subsistir, no tiene derecho á alimentos.

Las obligaciones resultantes de estas disposiciones son recíprocas. Asi que, los hijos deben alimentar á sus padres y demas ascendientes necesitados en la propia forma.

No lo están si tienen motivo legal para desheredarlos.

El heredero del hijo no está tampoco obligado á alimentar al padre de éste justamente desheredado, sino en el caso de venir á muy grande pobreza, y que

---

(1) L. 6 ibi; y 4, 5, 6, 7 y 8 tit. 7 Part. 6: Castillo lib. 8 cap. 66 num. 61.

(2) Art. 3 de la Real pragm. de 23 de marzo de 1776.

no tenga padres ni otros hijos ó hermanos que le alimenten (1).

El hermano está obligado á alimentar al hermano pobre (2). Los demas colaterales no tienen obligacion de alimentarse, aunque sean tios y sobrinos (3).

La obligacion de alimentos se transmite á los herederos de los que deben darlos (4); y todo lo dicho cuanto á hijos, es aplicable á las hijas (5).

La cuota de alimentos se deja al prudente arbitrio del juez. Los de hermanos suelen reducirse á la sexta parte del producto líquido del patrimonio del que los ha de dar repartida entre los hermanos alimentarios.

"Si demandando el hijo la crianza y demas necesario al padre en concepto de serlo, éste se excuse negando que lo sea, en tal duda debe el juez del pueblo averiguar de oficio la verdad llanamente, sin

---

(1) L. 2 y 6 tit. 19 Part. 4: 11 tit. 7 Part. 6. Surdus tit. 1 *De alim.* q. 24 num. 8.

(2) L. 1 tit. 8 lib. 3 del Fuero Real.

(3) Ferraris, verbo *Alim.* in adit. num. 131 ad 133.

(4) Castillo, lib. 8 cap. 66 num. 58.

(5) Idem, lib. 5 cap. 89 num. 80.

las dilaciones y forma de juicio que exigen los demas pleitos, atendiendo á la fama de los vecinos del lugar, ó al juramento del hijo, ó á otros modos de saberla; y resultando indicios de ella, debe mandar que lo crie y provea, quedando salvo el derecho á las dos partes para probar en cuanto á la filiacion (1)." Esta disposicion es aplicable á todos los demas que pidan alimentos; y aunque los autores añaden que al propio tiempo se les debe acordar lo necesario para litis-expensas, no hallo ley ni razon en que apoyar su opinion, pudiendo sostener su demanda como pobres.

De la sentencia dada en favor del pobre que pide alimentos provisionales desde la litis-contestacion, no se otorga apelacion en lo suspensivo, y sí solamente en lo devolutivo (2).

Tratándose de alimentos perpétuos, ó de alimentos de tiempo pasado, el juicio es ordinario, y se requiere probar ple-

---

(1) L. 7 tit. 19 Part. 4: Castillo, lib. 3 capit. 27 num. 21: Eliz. tom. 1 pag. 75 num. 3.

(2) Castillo, lib. 3 cap. 27 num. 73, y lib. 8 c. 8 num. 9 al 17.

namente la filiacion y demas extremos legales en que se funde la demanda (1).

En qué parage deban pagarse los alimentos, lo determinará el juez segun las circunstancias (2).

La obligacion de dar alimentos se acaba por la muerte del alimentario; mas se requieren dos condiciones:

1.ª Que la muerte sea natural, pues la civil no basta sino cuando el alimentario profesa en religion en que no pueda disfrutarla ni tener bienes:

2.ª Que los alimentos no fuesen acordados por razon de legítima, en cuyo caso pueden ser transmisibles á los herederos del alimentario (3).

Cesan tambien los alimentos por la conclusion del término por el cual se han concedido (4).

Cuando el que da los alimentos ó el que los recibe llegaron á estado en que, ó

---

(1) Castillo, lib. 8 cap. 4 num. 7: Surdus. *De alim.* tit. 8 privil. 2 nums. 3, 4, 11 y 12.

(2) Castillo, lib. 4 cap. 60 ex num. 22 ad 33. Ferrar. verb. *Alim.* ex num. 101 ad 114.

(3) Castillo, lib. 3 cap. 12 num. 5 al 7, y lib. 4 cap. 60 nums. 2, 8, 17, 44 y 45.

(4) Surdus, decis. 82 num. 5.

el uno no pueda continuar en darlos, ó el otro no tenga menester de ellos en todo ó en parte, se puede pedir la exencion ó la redúcion (1), á no ser que se den por razon de legítima.

La ley de la propia conservacion es de preferencia á la de conservacion de otro. Así que, ninguno debe ser compelido á dar alimentos si cuanto tiene le es absolutamente necesario (2).

El padre que puede está obligado á dotar y dar estado á su hija, tenga ó no ésta bienes propios (3).

Tambien lo está el abuelo ó bisabuelo si la tienen en su poder y carece de dote (4).

La madre no está obligada á dotar á la hija, á menos que aquella sea judía, mora ó herege, y la hija católica (5).

---

(1) L. 6 tit. 19 Part. 4: l. *Seio amico* Dig. *De annuis legatis*: Castillo, lib. 4 cap. 60 num. 9, y lib. 8 cap. 40 num. 10, y cap. 43 num. 26.

(2) Azevedo in l. 1 et 19 tit. 21 lib. 4 ex num. 63 ad 69: Castillo, lib. 8 cap. 37 §. 1 num. 2, et §. 2, et cap. 43 ex num. 20 ad 27.

(3) L. 8 tit. 11 Part. 4: Castillo, lib. 5 capit. 137 num. 64.

(4 y 5) D. l. 8 y l. 9 ibi.

La madre, ni de su dote, ni de su parte de gananciales puede dotar á la hija sin autorizacion del marido ó del juez, en la forma prevenida para todos sus contratos (1).

Al que tuviere en su poder y guarda alguna menor, se le puede apremiar á que, siendo de edad para casar, la dote segun la riqueza de ella y la nobleza del novio; pero si la dotase en mas cantidad de lo que ella tiene, no vale (2), á menos que conste que quiso darla lo demas, y que sea persona que se lo pueda dar.

CAPÍTULO VIII.

De los derechos y deberes respectivos de los esposos.

Por derecho natural marido y muger son dos socios, debiendo resolverse sus diferencias segun el mérito de las razones respectivas; mas siendo frecuentes las discordias, convenia establecer un principa-

---

(1) D. l. 9, y Febrero, p. 2 lib. 1 cap. 4 §. 5 num. 107.

(2) L. 9 tit. 11 Part. 4.

do, y esta prerogativa es peculiar del marido en todos los estados civilizados.

Los esposos se deben mútua fidelidad, socorro y asistencia.

El marido debe proteccion á su muger, la muger obediencia á su marido (1).

La muger está obligada á cohabitar con su marido. Resistiéndose á la cohabitacion sin causa que la justifique, debe ser penada y compelida por los medios que dicte la prudencia (2).

Tambien está obligada á seguir á su marido donde quiera que se establezca, no siendo con peligro de su vida ó de su honor (3).

El marido está obligado á recibirla y á proveerla de todo lo necesario segun su clase y facultades, tanto que tenga ella mucha dote, como que sea poca ó ninguna.

---

(1) Génesis, cap. 2: D. Paulus, in Epist. 1 ad Corinth. cap. 11, et ad Ephesios cap. 5: Causas 11, 12, 15, et 17, caus. 33 q. 5: l. 1 y 3 tit. 2 Part. 4: Wolf. *Jus Natur.* p. 7 §. 490, et seqq. Dig. l. 22 tit. 3 lib. 24.

(2) D. l. 1 y 3 tit. 2 Part. 4: Eliz. tom. 3 pag. 361 num. 8.

(3) Eliz. tom. 7 cap. 13 nums. 20 y 21.

La muger casada, sin autorizacion del marido, y en su caso sin la de su juez, no puede otorgar contrato ni cuasi-contrato, ni desistir de él, ni dar por quito á nadie, ni estar en juicio accionando ó defendiendo; y cuanto hiciere sin estos requisitos es nulo.

La autorizacion del marido se presume por el hecho de contratar en su presencia, ó con su ciencia y paciencia (1).

El juez con conocimiento de causa legítima y necesaria compela al marido á que dé licencia á su muger para todo aquello que no puede hacer sin ella; y si compelido no se la diere, se la puede y debe dar el juez (2).

Estando ausente el marido, y no esperándose de próximo, ó corriendo peligro en la tardanza, el juez, con conocimiento de causa legítima ó necesaria, ó provechosa á la muger, puede darla la licencia que necesitaba del marido, y vale como si éste se la diese (3).

---

(1) L. 55 de Toro, et ibi: Gomez, nums. 4, et 5.

(2) L. 57 de Toro.

(3) L. 59 de id.

No necesita autorizacion del marido ni del juez la muger casada que contrata con aquel, ó le demanda por alimentos, reintegro de dote, sobre separacion, nulidad de matrimonio, y otros derechos á este tenor. Teniendo la muger casada que declarar en estos casos como parte ó como testigo, se practica que el marido presencie su juramento, y no su declaracion (1).

La muger casada, aunque sea mayor de veinte y cinco años, si el marido es menor, necesita la autorizacion del juez para estar en juicio y para contratar; y lo mismo si es loco, furioso, mudo ó mentecato (2).

La accion de nulidad del contrato de la muger por defecto de autorizacion ú otro vicio, solo puede intentarse ú oponerse por el marido como tal ó como padre de sus hijos, por la muger ó por sus herederos. Si en el contrato de cuya nulidad se trata intervino el marido, y es el

---

(1) L. 29 tit. 11 Part. 4: Gomez. in l. 55 *Tauri* num. 3: Febrer. p. 2 l. 3 cap. 1 §. 1 numer. 27, y p. 1 cap. 4 num. 109 al 111.

(2) Febr. p. 2 lib. 3 cap. 1 §. 5 num. 29 pag. 38.

heredero de su muger finada, no puede excepcionar ni intentar esta nulidad (1).

Ni el marido por el delito de su muger, ni ésta por el delito de su marido pierden su parte en los bienes multiplicados hasta el dia de la sentencia y su ejecucion, aunque el delito sea de heregía, y solo en los bienes del delincuente se hará pago de lo sentenciado (2).

Si un vasallo hiciese guerra á su rey, puede éste echar del reino á su muger é hijos (3).

El marido no puede acusar criminalmente á su muger, ni la muger al marido por delito que merezca pena aflictiva ó infamante. Tampoco pueden ser testigos el uno contra el otro.

Pueden acusarse y ser testigos en el delito de traicion al rey ó á su reino.

Puede el marido acusar á la muger que finge ser de ambos el hijo que otra ha parido.

---

(1) Castillo, lib. 8 cap. 58 nums. 17, 18 y 19.

(2) L. 2 tit. 2 Part. 7: y 10 y 11 tit. 4 lib. 5 del Ord. Real.

(3) L. 12 tit. 25 Part. 4.

Puede tambien acusarla por adúltera, comprendiendo en la acusacion al adúltero.

No así la muger, que no puede acusar criminalmente al marido adúltero; y la razon es, dice la ley, porque el adulterio del marido no deshonra á la muger, y el de ésta daña y deshonra al marido (1). *In adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine judicio impunè necares: illa te (si adulterares) digito non auderet contingere, nec jus esto* (2). San Agustin y otros padres han declamado contra esta desigualdad de derechos, porque el marido debe ser el modelo de las virtudes conyugales; mas no convenia que la muger fuese la actora de su castigo.

La muger puede hacer testamento sin licencia del marido, porque asi se acostumbra, y no hay ley que lo prohiba.

---

(1) L. 1 tit. 17 Part. 7: l. 5 tit. 2, y 15 titul. 16 Part. 3: l. 3 tit. 7 Part. 7; y 2 tit. 20 lib. 8 Recop.

(2) Cato, in oration. *De dote* apud 10 Gell. 23, l. 4 *De publicis judiciis in fragm.* 12 *Tabul.* pag. 764 Cod. tit. 23.

CAPÍTULO IX.

De la disolucion del matrimonio.

El matrimonio consumado legítimamente contraido, se disuelve

1.º Por la muerte natural de uno de los esposos:

2.º Si uno de ellos es adúltero, incestuoso ó sodomita, y estando declarado y no perdonado su delito, el inocente obtiene orden sagrado, ó profesa en alguna de las religiones aprobadas por la santa Sede (1):

3.º Si de dos esposos infieles el uno se convierte, y el que permanece infiel no quiere cohabitar con el convertido sin blasfemar ó traerle á pecado mortal (2).

No siendo mas que rato el matrimonio, se disuelve por el voto de castidad y profesion en religion aprobada, como ya se ha dicho.

---

(1) Cap. 15 y 16 *De convers. conjugat.*: cap. *Omnes* 7 caus. 32 q. 7: can. 19. 20 y 25 caus. 32 q. 5: can. 4 y 5 c. 32 q. 6: Wan-Spen. p. 2 titul. 15 cap. 2 num. 4: Berard. tom. 3 dis. 7 c. 2: l. 3 tit. 12, 2 y 3 tit. 10, y 2 tit. 9 Part. 4.

(2) Decr. cap. 7 tit. 19 lib. 4.

CAPÍTULO X.

De las segundas nupcias.

La muger viuda puede libremente casar con quien quisiere antes ó despues de cumplirse el año de viudedad, sin incurrir en pena alguna ni ella ni su nuevo marido (1).

Subsisten no obstante en su vigor las disposiciones de las leyes antiguas relativas al bien de los hijos de los que casan dos ó mas veces (2).

CAPÍTULO XI.

De las demandas sobre separacion de los casados.

Los casados pueden intentar separacion, y separarse de hecho con autoridad del juez eclesiástico (3), por cualquiera de las causas que siguen:

(1) L. 3 tit. 1 lib. 5 Recop. derogante la 3 tit. 12 Part. 4.

(2) Febrer. p. 2 lib. 2 cap. 5 §. 1 num. 2.

(3) Concil. Trident. ses. 24 c. 20 *De reform.*

1.ª Por el delito de adulterio, incesto, ó sodomía de uno de los casados, estando probado y declarado, siendo el otro inocente, y no habiéndole remitido la injuria expresa ni presuntivamente (1). Si ambos son reos de cualquiera de estos delitos, á ninguno se le oye sobre separacion (2):

2.ª Por enfermedad de uno de los casados, siendo de tal naturaleza que el otro no pueda cohabitar con el enfermo sin riesgo inminente de la vida:

3.ª Si el marido fuese ladron, ó cometiese otros delitos graves, é indujese á la muger á que directa ó indirectamente cooperase á ellos:

4.ª Por el grave maltratamiento del marido á la muger, si no se espera enmienda (3).

---

cap. 2 *De judiciis*, y cap. 1 tit. 6 lib. 2 *Ut lite non contestatâ*: l. 7 y 8 tit. 10 Part. 4: Elizond. tom. 7 cap. 16 num. 7.

(1) Matth. c. 5 vers. 32: Joan. c. 8 vers. 11: D. August. l. 2 *De adult. conjug.*: l. 2 tit. 9 Part. 4.

(2) Can. 1 y 2 caus. 32 q. 6: c. 4 y 5 *De divort.*; y c. 6 y 7 *De adulter.*

(3) Eliz. tom. 7 c. 13 num. 7.

5.ª Por el furor, embriaguez continua, ú odio envejecido entre los casados y sus familias (1).

Aunque se pronunciase y ejecutase ya la sentencia de separacion, pueden, no obstante, reconciliarse y reunirse los casados de su propia autoridad, si de la reunion no se sigue escándalo (2).

Si, tanto el marido como la muger, proponen la separacion de cuerpos, debe sustanciarse la causa con el defensor de matrimonios, creado por la constitucion de Benito XIV de 3 de noviembre de 1741.

La declaracion jurada de marido y muger no es bastante para graduarse de probado el motivo de separacion, á no ser que esté corroborada con otras pruebas (3).

Los familiares de la casa pueden ser testigos sobre los delitos de marido ó mu-

---

(1) Eliz. ibi: Cosci, *De separ. tor. conjug.* lib. 2.

(2) Cap. fin. *De crimine falsi.*

(3) Cap. 2 *Qui matrim. acus.* in 1: cap. 3 y 5 *De eo qui cognovit*: cap. 11 *De sentent. et re judic.*: can. 3 caus. 35 q. 6: can. 1 y 2 caus. 33 q. 1: cap. 5 y 7 *De frigid. et malefic.*

ger para la separacion; y para probarlos bastan indicios concluyentes (1).

La sentencia de separacion de marido y muger nunca pasa en autoridad de cosa juzgada, y debe intentarse siempre su reunion (2).

Exponiendo la muger que se halla en mucho peligro en la compañía del marido, pidiendo su secuestro durante el juicio de separacion, constando el riesgo por informacion sumaria, aunque sea sin citacion del marido, el provisor debe proveer su depósito en un monasterio ó en casa honesta y segura, prohibiendo al marido el inquietarla bajo censuras (3).

Necesitando la muger alimentos provisionales ó perpétuos, ó de dinero para seguir su derecho, ó pidiendo que se la entregue su dote, no conoce sobre estos puntos el juez eclesiástico, y sí el real, quien, en el caso de alimentos, la concederá los que convengan en proporcion á los

---

(1) Eliz. tom. 7 c. 13 num. 17.
(2) Wan-Spen. p. 2 tit. 15 cap. 2 nums. 22 y 23.
(3) Eliz. tom. 7 c. 13 num. 30.

menesteres de la muger y á las facultades del marido (1).

A la muger contra quien se ha declarado la separacion por adúltera, se la condena á reclusion en un monasterio ó galera, quedando allí perpetuamente, si el marido no la recibe dentro dos años, y ademas sus bienes pasan á sus hijos, si los tiene, y si no el marido hará de ellos lo que quisiere (2).

Ejecutada la sentencia de separacion, si consistiese en adulterio del marido, tiene derecho la muger á que la entregue su dote (3); y no bastando ésta para sus alimentos, á que la contribuya con lo demas que necesite por tercios anticipados, en proporcion á las facultades del marido (4).

El marido separado de la muger por adulterio de ésta, tiene sin embargo obli-

---

(1) Real céd. de 22 de marzo de 1787 relat. á Indias, y Real céd. de 18 de marzo de 1804 relat. á España.

(2) L. 15 tit. 17 Part. 7: Dou, tom. 7 pagin. 345.

(3) L. 31 tit. 11 Part. 4.

(4) L. 13 Cod. *De neg. gest.*: Castillo, lib. 3 cap. 27 num. 4: Febrer. p. 2 l. 1 c. 4 §. 3 ex num. 82.

gacion de alimentarla si es pobre (1).

Separados marido y muger, el esposo culpado debe alimentar á los hijos comunes, y el inocente tenerlos en guarda (2).

TITULO VII.

De la paternidad, y de la filiacion.

CAPÍTULO I.

De la filiacion de los hijos legítimos.

El hijo concebido durante matrimonio tiene por padre al marido (3).

Los hijos de un matrimonio nulo son legítimos si ambos esposos ó uno de ellos ignoraba el impedimento dirimente, y como legítimos suceden en la herencia, tan-

(1) Julius Clarus, lib. 5 *Sentent.* §. *Adulter.* num. 17: Ferrar. eod. §. num. 18 in adit.

(2) L. 3 tit. 19 Part. 4; §. unic. Cod. tit. 24 lib. 5.

(3) L. 9 tit. 14 Part. 3, 1 tit. 13, y 4 tit. 23 Part. 4.

to del que con buena fe contrajo el matrimonio putativo, como del que sabia el impedimento (1).

El marido puede negar á uno de hijo suyo si prueba que, durante el tiempo que ha corrido desde los trescientos hasta los ciento ochenta dias antes de su nacimiento, ó por hallarse lejos, ó por otro accidente, no pudo físicamente tener concúbito con su muger.

Aunque el marido niegue á uno de hijo suyo, y pruebe que su muger vivia adúltera al tiempo de su concepcion, se le declarará suyo, á menos que se le ocultase su nacimiento, en cuyo caso se le admitirá la propuesta de todos los hechos propios para justificar que él no es su padre.

La declaracion de la madre de que un hijo suyo es adulterino, ninguna fe merece, no probándose la imposibilidad de que sea hijo del marido en la forma referida (2).

---

(1) L. 3. tit. 3 Part. 4: Eliz. tom. 5 p. 2 c. 8 num. 11.

(2) L. 9 tit. 14 Part. 3; 1 tit. 13, y 4 tit. 23 Part. 4: Menochius, lib. 2 *De arbitr. judic.* ca-

Si padre y madre nombrasen hijo al reputado comunmente por tal, no serán creidos despues aunque juren lo contrario. El nombramiento en un acto solo, siendo serio, es bastante.

Al hijo nacido antes de los ciento ochenta dias siguientes al matrimonio, el marido no podrá negarle de suyo si tuvo conocimiento de la preñez, y en los actos siguientes, ó en alguno de ellos, siendo serio, se ha conducido como su padre, aunque despues le despreciase y negase de hijo (1).

Los hijos nacidos trescientos un dias naturales completos despues de la muerte del marido, no se tendrán por legítimos (2).

Cuando la muger, muerto el marido, diga quedar preñada de él, debe hacerlo saber á sus parientes mas cercanos dos

---

su 89 ex num. 19: Castillo, lib 5 cap. 104: Mascardus, tom. 2 conclus. 788: Gomez, in leg. 9 *Tauri* sub num. 2.

(1) Decret. cap. 10 tit. 19 lib. 2: Castillo, lib. 5 cap. 104 num. 8: Mascardus, *De probat.* tom. 2 conclus. 789: Menochius, præs. 53 ex num. 21 ad 34.

(2) L. 4 tit. 23 Part. 4: y 9 tit. 14 Part. 3.

veces cada mes desde su muerte hasta que estos, si dudaren de ello, envíen cinco buenas mugeres libres que la reconozcan el vientre, sin tocarla contra su voluntad. Si despues quisieren guardarla, debe el juez, á pedimento de ellos, ponerla para su custodia en casa de alguna dueña buena y honesta, donde more hasta que se verifique el parto. Estando en ella, y pareciéndole que debe parir, avise á los parientes treinta dias antes del parto, para que envíen segunda vez algunas buenas mugeres honestas que la reconozcan; y á su peticion se tomarán las demas medidas de precaucion para que no pueda fingirse parto. Sintiendo que éste está próximo, debe otra vez avisar á los parientes, para que envíen á reconocerla y guardarla, si quisieren; y estando ya con los dolores, no ha de haber en la casa hombre alguno, y solo sí hasta diez mugeres buenas y libres, seis sirvientas (ninguna de ellas preñada), dos expertas que la ayuden á parir, y tres luces cada noche hasta que para. Luego que nazca la criatura, debe mostrarse á los parientes del marido, si la quisieren ver.

Estas formalidades son variables por las costumbres y circunstancias, y son aplicables á la muger que se separa del marido, debiendo entenderse con éste lo referido cuanto á sus parientes.

No solo la muger, sino que tambien el pariente ó persona en cuyo poder se halle, puede denunciar su preñez, si la creyese.

La omision de estas medidas de precaucion, no priva á la criatura de sus derechos; y aun la madre que las omitiese por inadvertencia ú otra causa igual, debe ser oida (1).

Las anunciadas disposiciones de nuestros legisladores, y las que siguen del Código civil de Francia, se han tomado de dos respetables senado-consultos romanos, el primero bajo el imperio de Adriano, y el segundo de Marco Aurelio Antonino el filósofo y de L. Æ. Aurelio Vero (2).

"En los diversos casos en que el marido está autorizado á reclamar, deberá

(1) L. 17 tit. 6 Part. 6: l. 3 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real; y 1 tit. 3 lib. 25 Dig.

(2) L. 1 tit. 3 y 1 tit. 4 dicho lib. 25 del Dig.

hacerlo en un mes, estando en los lugares del nacimiento del hijo."

"En los dos meses siguientes á su vuelta, si á la misma época se hallaba ausente."

"En los dos meses despues del descubrimiento del fraude, si se le habia ocultado el nacimiento del hijo."

"Si el marido muriese antes de hacer su reclamacion; pero estando aun en el término útil para hacerla, los herederos tendrán dos meses para contradecir la legitimidad del hijo, contados desde la época en que este hijo fuese puesto en posesion de los bienes del marido, ó de la época en que los herederos fuesen turbados por el hijo en esta posesion."

"Todo acto extrajudicial que contenga la negativa del marido ó de sus herederos, será nulo, si no es seguido en el curso de un mes de una accion en justicia dirigida contra el tutor dado para esto al hijo, y en presencia de su madre (1)."

---

(1) Art. 316, 317 et 318 lib. 1 tit. 7 chap. 1.

CAPITULO II.

De las pruebas de la filiacion de los hijos legítimos.

La filiacion de los hijos legítimos se prueba por los actos que les constituyen hijos de casados, sin contradiccion ni declaracion de ilegitimidad (1).

Son actos principales de filiacion legítima el haberse inscrito el padre como tal en las partidas de su nacimiento y bautismo; y el haberlos declarado legítimos en instrumento ó carta.

A falta de estos títulos, la posesion constante del estado de hijo legítimo es suficiente.

La posesion de estado se establece por una reunion suficiente de hechos que indiquen la relacion de filiacion y paternidad entre una persona y la familia á que pretende pertenecer.

Los principales de estos hechos son:

Que la persona ha tenido siempre el

---

(1) Tit. 13 Part. 4.

apellido del padre á quien pretende pertenecer:

Que el padre le trató siempre como á su hijo, y en calidad de tal proveyó á su educacion, alimentos, y establecimiento. El tratamiento de hijo en un solo acto serio es suficiente, como queda advertido:

Que ha sido reconocido constantemente por tal en la sociedad:

Que ha sido reconocido por tal por la familia.

Ninguno puede reclamar un estado contrario al que le dan su partida de nacimiento y bautismo, y la posesion conforme á este título, ó al de la declaracion expresada de parte del padre:

Y recíprocamente ninguno puede contradecir el estado de aquel que tiene una posesion conforme á su título de nacimiento, inscripcion, ó declaracion del padre.

Faltando estos títulos, y no habiendo mas que las referidas ú otras conjeturas para acreditar la filiacion, se admite prueba en contrario (1).

---

(1) Mascard. tom. 2 conclus. 794 num. 12: Castillo, lib. 3 c. 104 num. 19.

No habiendo ni títulos ni posesion constante, si el hijo ha sido inscrito, ó con apellidos falsos, ó como nacido de padre y madre desconocidos, la prueba de filiacion puede hacerse por testigos.

La legislacion francesa marcha sobre los propios principios, y hace las importantes adiciones que siguen.

"No obstante, esta prueba no puede admitirse sino cuando hay principio de prueba por escrito, ó cuando las presunciones ó indicios que resultan de hechos constantes son bastantemente graves para determinar su admision."

"El principio de prueba por escrito resulta de los títulos de familia, de los registros y papeles domésticos del padre ó de la madre, de los actos públicos y tambien privados emanados de una parte empeñada en la contestacion, ó que tendría interés estando viva."

"La prueba contraria podrá hacerse por todos los medios propios para establecer que el reclamante no es hijo de la madre que pretende tener, ó tambien, probada la maternidad, que él no es hijo del marido de la madre."

"Los tribunales civiles serán los solos competentes para establecer sobre la reclamacion de estado."

"La accion criminal contra un delito de supresion de estado, no podrá comenzar sino despues del juicio definitivo sobre la cuestion de estado."

"La accion en reclamacion de estado es imprescriptible en cuanto al hijo."

"La accion no puede ser intentada por los herederos del hijo que no reclamó, sino cuando éste murió menor de edad, ó en los cinco años siguientes á su mayoría", que en España deben ser solos cuatro.

"Los herederos pueden seguir esta accion cuando ha sido comenzada por el hijo, á menos que hubiese desistido de ella formalmente, ó que hubiese dejado pasar tres años sin continuarla, contados desde el último acto del proceso (1)."

---

(1) Code civil lib. 1 tit. 7 c. 2 art. 323 et suiv.

CAPITULO III.

De la filiacion de los hijos naturales.

Hijos naturales son aquellos que al tiempo de su nacimiento ó concepcion sus padres podian casarse sin dispensacion (1).

SECCION I.

De las pruebas de la filiacion de los hijos naturales.

La filiacion de los hijos naturales se prueba por reconocimiento del padre en instrumento ó carta hecha de su mano, ó de escribano público por su mandato, confirmada por tres testigos.

Reconociendo el padre á uno de muchos hijos que tiene una amiga suya, ¿se entenderán reconocidos todos los demas, si no los nombra en el reconocimiento? La ley de Partida dice que todos se en-

---

(1) L. 8 tit. 13 Part. 4; y l. 11 de Toro.

tienden reconocidos (1); mas la razon contradice esta disposicion, que me parece derogada por la ley 11 de Toro.

El reconocimiento de un hijo natural hecho por el padre sin aprobacion de la madre, no tiene efecto sino cuanto al padre; y recíprocamente el reconocimiento y declaracion de la madre sin la aprobacion del padre, no tiene efecto sino en lo relativo á la madre (2).

Si el hijo natural es de muger que el padre hubo en su casa ó era una sola, no se requiere reconocimiento (3). Esta disposicion, relativa á tiempos en que era tolerado el concubinato, es aplicable todavía á los hijos de mancebas, y no á los de otras mugeres.

A falta de estos dos requisitos, se puede probar la filiacion natural por la reunion suficiente de hechos que indiquen un reconocimiento tácito.

Los principales de estos hechos son:

Si el hijo natural ha sido bautizado de orden del pretendido padre:

---

(1) L. 7 tit. 15 Part. 4.
(2) Farinac. q. 145 y 147.
(3) L. 11 de Toro.

Si mandó que se le inscribiera por padre en la partida de bautismo:

Si le trató de hijo, y éste á él de padre:

Si le alimentó, educó y colocó como hijo suyo (1).

Se aprecian tambien los indicios marcados con otro objeto al fin de la seccion I del *contrato esponsalicio*, capítulo II.

Todo reconocimiento de parte del padre ó de la madre, y toda reclamacion de parte del hijo, podrán contradecirse por los que tengan interés en ello (2).

El reconocimiento del padre de un hijo incestuoso, adulterino, ó de clérigo, fraile, freile ó monja profesa, no aprovecha al hijo sino para los alimentos con que debe contribuirle por equidad, si puede dárselos (3).

---

(1) Mascardus *De probat.* tom. 2 concl. 787, 788 y 789: Menochius, casu 89 ex num. 19: Castillo, lib. 5 cap. 104 num. 7: Eliz. tom. 5 p. 1 cap. 6 num. 3.

(2) Mascardus, tom. 2 concl. 794 num. 12: Castillo, lib. 5 cap. 104 num. 19.

(3) L. 5 tit. 19 Part. 4: Cap. *Cum haberet* 8 *De eo qui duxit in matrim.*: Febrer. p. 2 lib. 52 cap. 1 §. 3 num. 65 pag. 50.

SECCION II.

De la legitimacion de los hijos naturales.

Los hijos naturales se legitiman por el subsiguiente matrimonio de padre y madre.

Esta legitimacion aprovecha no solo á los hijos vivos, sino tambien á los muertos y sus descendientes.

Los hijos legitimados por este orden gozan de los derechos de filiacion en su plenitud como si hubiesen nacido de matrimonio válido.

Los hijos incestuosos y adulterinos no se legitiman por el subsiguiente matrimonio (1).

No son incestuosos los hijos de un matrimonio nulo por parentesco, si su Santidad le declaró válido, ó si uno ó ambos esposos ignoraban el parentesco, como se ha dicho.

Puede el rey legitimar, no solamente

---

(1) L. 1 tit. 13 Part. 4: Gomez, ad leg. 11 *Tauri* nums. 61 y 62.

á los hijos naturales. sino tambien á los incestuosos, adulterinos, y á los hijos de clérigos, frailes, freiles y de monjas profesas, por el imperio supremo que ejerce, y porque la ilegitimidad de estos hijos no procede sino de derecho civil (1), en que pueda dispensarse por causa justa.

Los legitimados por el rey no tienen derecho á heredar á sus padres, si estos tuviesen hijos ó descendientes legítimos, ó legitimados por el subsiguiente matrimonio, á no ser que S. M. expresamente ordenase lo contrario. No obstante, se permite á los padres mandarles el quinto de su herencia, y no mas (2).

Careciendo los padres de descendientes legítimos ó legitimados por el subsiguiente matrimonio, los hijos legitimados por el rey son sus herederos como aquellos, si en la legitimacion ó dispensacion asi lo ordenó S. M.

En todo caso los hijos legitimados por

---

(1) Auténtica *Quibus modis naturales efficiuntur sui* coll. 7 cap. 1 vers. *Natura*, y coll. 6 vers. *Liceat*.

(2) L. 12 de Toro, y Gomez alli num. 67: Febrer. p. 2 lib. 2 c. 1 §. 4 nums. 81 y 82 pagin. 61.

el rey participan de la dignidad y honores del padre, y heredan á los parientes de éste y de su madre como los legítimos, y recíprocamente estos parientes heredan á ellos (1).

CAPITULO IV.

Del prohijamiento.

SECCION I.

Del prohijamiento y sus efectos.

Prohijamiento es el acto solemne en que se recibe en lugar de hijo, nieto ó biznieto al que no lo es naturalmente.

Siendo persona libre el prohijado, se llama *arrogacion*; y estando bajo el poder de su padre se llama *adopcion*.

En la arrogacion se requiere el consentimiento expreso del prohijado; y en la adopcion basta el tácito, con otorgamiento expreso de su padre.

El prohijante debe ser libre del poder paterno, mayor en diez y ocho años

---

(1) Gomez, ad leg. 12 *Tauri* ex num. 66.

que el prohijado, y capaz de engendrar sin impedimento natural.

Puede prohijar el que por enfermedad, fuerza ú otro motivo casual pierde la potencia de engendrar.

Los impotentes por naturaleza, y los que guardan voto de castidad no pueden prohijar.

Tampoco puede prohijar la muger sino con licencia real en caso de haber perdido algun hijo en la guerra, sirviendo al rey ó concejo.

El infante menor de siete años, sin padre, no puede ser prohijado, por falta de entendimiento para consentir; pero puede serlo el mayor de siete y menor de catorce con licencia de S. M., otorgando escritura el prohijante de entregar los bienes del prohijado á sus herederos legítimos, si muriese antes de cumplir los catorce años.

En la arrogacion el prohijado queda bajo la potestad del prohijador con sus hijos y bienes; pero en la adopcion no, á menos que el adoptante sea su abuelo ó bisabuelo paterno ó materno.

El prohijador no puede despedir al

prohijado por arrogacion, sino que éste cometa algun delito que le mueva á grande saña, ó si alguno le instituya heredero en su testamento con la condicion, si le saque de su poder el prohijante; en cuyo caso el prohijador cumple con volverle cuantos bienes habia llevado á su poder.

Si lo despide y deshereda sin justa causa, debe restituirle, no solo cuanto trajo á su poder, mas tambien todo lo que le pertenezca del ganancial hecho despues, excepto el usufructo respectivo al tiempo que le tuvo en su potestad, y darle la cuarta parte de lo que tenga, si carece de ascendientes y de descendientes. Teniéndolos, no le dará ni puede dar mas de lo que le es permitido dejar á extraños.

Siendo prohijado por adopcion, puede despedirle y desheredarle con razon ó sin ella, sin que por el solo título de adopcion pueda reclamar cosa alguna.

Los prohijados, sea por arrogacion ó por adopcion, son herederos abintestato de los prohijadores que no tienen descendientes ni ascendientes con derecho por ley á heredarles.

Si el prohijado muere antes que el

prohijador, no le hereda éste abintestato, sino sus parientes.

El prohijado ningun derecho adquiere á la succesion abintestato en los bienes de los parientes del prohijador (1).

SECCION II.

De las formas del prohijamiento.

El prohijamiento parece que ha sido instituido al propio ó próximo tiempo en que comenzó la civilizacion de los pueblos (2). Entre los egipcios ya estaba en uso en tiempo de Moisés adoptado por la hija de Faraon; los romanos le practicaron mucho: los españoles poco; y sus formas ofrecen algo de curioso.

La mas antigua y notable de la edad media que hallo en España, es la de Mudarra Gonzalez, hijo ilegítimo de Gonzalo Gustio, señor de Salas de Lara, y de

---

(1) L. 1, 3, 4 y 5 tit. 22 lib. 4 del Fuero Real: l. 7 tit. 7, y todo el tit. 16 Part. 4: l. 10 y 28 de Toro; ll. Cod. et Dig. tit. *De adoptionibus.*

(2) Exod. c. 2: Joseph. 1 antiquit. 15: Diodor. Sicul. 4 bibliot.: Gregor. Tolosanus lib. 10 *Sintagmat.* c. 6.

una hermana del rey moro de Córdoba adoptado por su madrastra doña Sancha ácia el año de 993. Metióle por la manga de una muy ancha camisa: sacóle la cabeza por el cabezon, y dióle paz en el rostro, con que le pasó á su familia, y recibió por su hijo.

Don Jaime, rey de Aragon, cerca del año de 1232 fue prohijado por D. Sancho rey de Navarra por estas palabras: "Yo os nombro por mi heredero por via de adopcion, para que hayais y poseais esta corona. Prospere Dios nuestro Señor, y ayude en esta nuestra voluntad, que bien entiendo despues de mis dias mirareis por mis vasallos, y mientras viviere hareis lo que de un buen hijo puede su padre esperar (1)."

La arrogacion se formaliza respondiendo el prohijante y el prohijando á preguntas del rey, que les place recibirse por padre é hijo legítimo, siguiéndose á esto el otorgamiento y carta real.

La adopcion se formaliza con presen-

(1) Mariana *Hist. de Esp.* tom. 1 p. 351. y tom. 2 p. 546.

tarse al juez el que quiere adoptar, el que quiere ser adoptado, y su padre; y consintiendo, se extiende la acta para que conste (1). Aunque la ley no marca otras formalidades, tengo por indispensables todas las demas prescritas para las actas públicas entre partes, á saber, que todo pase por ante escribano y tres testigos.

Si el adoptado es niño ó niña expósita, no se requiere, ni que el adoptante sea capaz de engendrar, ni que precisamente sea hombre, ni mas formalidad que la licencia por escrito del párroco, ó del administrador de la casa de caridad en que está depositada; quienes la darán, siendo á persona decente y honesta, que les aplique y destine bien (2).

---

(1) L. 7 tit. 7 Part. 4.

(2) Real céd. de 6 de marzo de 1790, 11 de diciemb. de 1796, 2 de junio de 1788: l. 3 titul. 20 Part. 4, 35 y 37 tit. 12, y 35 tit. 14 Part. 5.

TITULO VIII.

De la patria potestad.

Patria potestad es el imperio que tie- los padres sobre sus hijos y demas descendientes (1).

En los pueblos salvages este imperio suele ser heril. Rómulo estableció: *Patri in liberos jus vitœ et necis, illosque ter venundandi jus esto. Tertium venundati, et manumisi è patriâ potestate excunto* (2). Esta ley se ha moderado á proporcion que su pueblo bárbaro se ha civilizado por el trato con los griegos y otras naciones cultas, por manera que, en la decadencia de Roma, ya su legislacion en esta parte era casi la misma marcada en nuestras Partidas.

Si bien esta ley fue reformada, no la

---

(1) L. 1 tit. 17 Part. 4.
(2) Dionys. Halicarn. lib. 2.

han perfeccionado los romanos; y las faltas de sus códigos lamentablemente se han copiado en los formados por los estados de Europa al salir de la edad media, que no las han advertido.

La patria potestad nace de la obligacion natural y cuasi convencional de los padres á la crianza, alimento y educacion de sus hijos, dirigiendo y determinando sus acciones del modo mas ventajoso á la familia y al estado mientras no son capaces de dirigirlas por sí solos; y del derecho que por consiguiente deben tener para dictarles leyes, hacerlas cumplir, y castigarles en caso de transgresion. La madre, en el estado de casada, lleva en gran parte estas cargas, con la otra no pequeña de subordinacion al marido: en el de viuda las suele llevar todas; y por tanto parece ser acreedora á gozar, si no de todos, de los principales derechos de patria potestad. Las leyes sin embargo no se los conceden expresamente, sino por lo relativo á licencias para casar, cuanto á alimentos, succesion y demas prerogativas que marcan; y de su silencio en otras emanan las frecuentes ingratas demandas de hijos é

hijas, pidiendo frutos y soldadas contra las madres (á quienes tal vez han empobrecido), sin preceder ni deber presumirse pacto que justifique su reclamacion.

En la jurisprudencia hay, á mi parecer, lo bastante para resolver estas controversias. La obligacion de servicios es recíproca entre madre é hijos por derecho natural (1); subsiste y se extiende hasta mas allá de la emancipacion: el amor y la dependencia suelen naturalmente conservarlos unidos bajo el tierno imperio de la madre, que los cuida mientras que, llegados á edad competente, no se establecen como pueden con independencia; y hasta que asi lo ejecuten, ó pacten otra cosa expresa ó tácitamente, opino que no se les debe admitir la demanda de salario por servicios, porque estaban obligados á prestarlos á su madre (2); y no siempre la de frutos, porque su destino debe ser conforme á los principios constitutivos de la familia.

---

(1) L. 2, 4, y 6 tit. 19 Part. 4.

(2) Flores de Mena, Ayora y Febr. lib. 1 c. y §. 3 num. 76 siguieron otra opinion infundada.

El poder legislativo y el ejecutivo de la sociedad paterna residen y se ejercen por el padre y por la madre. En caso de discordia, el voto del padre hace ley.

Si contra su observancia hubiese razones atendibles, la madre, y en su caso los hijos, pueden reclamar la autoridad local, quien decidirá.

Los hijos, en cualquiera edad y estado, deben honrar, respetar, obedecer y socorrer á sus padres (1).

Al que hable mal de su padre, de su madre ó de otro ascendiente, no se le debe oir, aunque quiera probar que dijo verdad. Al contrario, se le debe castigar por la injuria.

Denostando á su padre ó madre, aunque sea en secreto ó en ausencia, está en el arbitrio de los padres, ó que esté en la cárcel con prision de veinte dias, ó que pague seiscientos maravedís de los buenos, doscientos para el acusador, y lo demas para el padre ó la madre injuriada (2).

---

(1) L. 2 tit. 17 Part. 4: l. 3 Cod. *De patriá potestat.*: Wolf. *Jus Nat.* p. 7 cap. 4 §. 633 ad 638.

(2) L. 2 tit. 9 Part. 7, y 1 tit. 10 lib. 8 Recop.

Disuelto el matrimonio, residen en el padre sobreviviente todos los derechos de patria potestad, y permanecen en él hasta que ésta se disuelva tambien por los medios que se expresarán.

En la madre sobreviviente y en los abuelos maternos no residen mas derechos que los marcados expresamente en las leyes, que pueden aumentarse si se agrega la autoridad de tutores ó curadores de los hijos ó nietos.

En el abuelo paterno reside la patria potestad sobre sus nietos cuando el padre de estos está tambien sujeto á ella, por no haberse disuelto, por no ser velado, ú otra falta ó causa, y cuando el ascendiente prohijó al padre, en cuyo caso tambien en los abuelos y bisabuelos maternos reside la patria potestad sobre el descendiente prohijado y sus hijos (1). Asimismo reside y se ejerce por el prohijador extraño que prohijó por arrogacion.

La obligacion de socorros á los padres es comun á todos sus hijos; y si uno solo

---

(1) L. 9 tit. 16 Part. 4; y l. 8 tit. 1 lib. 5 Recop.

atiende á ella, tiene accion á que sus hermanos contribuyan ó le indemnicen á prorata. Los padres y ascendientes tienen accion directa para el propio fin (1).

Cesando el imperio del padre por su muerte ú otra causa, los hijos que siguen con la madre ó con sus abuelos maternos, teniendo la edad competente (que opino debe estimarse la de diez y ocho años) pueden vivir como socios, ó como criados, ó sobre sí bajo la direccion y administracion de estos mayores. Las circunstancias de la familia indicarán en qué clase deban ser graduados, ó si tal vez pertenecen á otra diversa y comun, á saber, de miserables que carecen de medios de subsistencia, por tener pocos ó ningunos bienes, y por no hallarse en estado de ganarlos.

En el primer caso los derechos respectivos se regulan por las leyes de sociedad: en el segundo por las de criados, no contando salario por los servicios á que están obligados por ley, y sí solamente por los

(1) L. 2 tit. 19 Part. 4: Gomez, in leg. 29 *Tauri* num. 24.

demas: en el tercero por las de tutela y curadoría; y en el cuarto, si la madre ó abuelos reclaman, tendrán los hijos ó nietos que pagarles el *deficit* que habia para sus alimentos, si los han suplido, y por su pobreza ú otro motivo no están obligados á remitírselos.

Hasta cumplir los hijos los diez y ocho años, no parece deban pedir paga de servicios contra su madre en ningun caso, por ser justo la recompensen de los que ella les ha prestado. Si tienen frutos sobrantes, deducidos sus alimentos, se mandan pagar por la madre que los administra.

Los abuelos que han soportado las cargas de crianza y educacion de los nietos, deben disfrutar las mismas ventajas y beneficios que la madre.

El padre y la madre de hijos ilegítimos de todas clases, ejercen sobre ellos la autoridad inseparable de la obligacion que en sus respectivos casos se les impone de criarlos, educarlos, y darles estado: la madre y sus ascendientes tienen tambien el derecho de succesion recíproca con estos hijos por el orden marcado en las leyes:

mas no gozan de las demas prerogativas de patria potestad (1). (Me separo del lenguaje comun derivado del usado en las leyes romanas y de Partidas, por no acordarse bien con sus propios estatutos).

El padre ó madre del expósito no tienen derecho en él, pues por el hecho de desampararlo, pierden la potestad, salvo si otro lo echase sin su mandado ni saberlo, pues en tal caso se lo deben volver, dando el padre ó madre las depensas de su crianza al que lo alimentó, á menos que éste lo hiciese por Dios (2).

El dueño pierde el señorío que tenia en el esclavo que expuso (3).

La autoridad del padre no se extiende hasta el grado de poder castigar á su hijo cruelmente; y mereciendo castigo mayor, debe implorar la autoridad pública.

Tampoco se extiende á mandar ó per-

(1) L. 5 tit. 19 Part. 4: cap. *Cum haberet* 8 *De eo qui duxit in matrim.*: Febrer. p. 1 cap. 1 num. 140 al 142, y p. 2 lib. 2 cap. 1 §. 3 numer. 65.

(2 y 3) L. 1, 2 y 3 tit. 5 lib. 4 del Fuero Juzgo: l. 1 y 2 tit. 23 lib. 4 del Fuero Real; y 4 tit. 20 Part. 4.

mitir á sus hijos acciones ilícitas; y tanto por esto, como por los castigos crueles, pierde la patria potestad (1).

El padre es administrador en juicio y fuera de él, y usufructuario de los bienes que los hijos constituidos bajo su patria potestad tengan por herencia, donacion, legado, artificio, ó hallazgo.

La madre no goza del privilegio de usufructo, ni tampoco los abuelos de ambas líneas, sino en los casos expresados en que tienen sobre sus nietos toda la potestad de padres (2). Si hay razon ó no para que las madres no gocen de esta prerogativa, no creo deber examinarlo.

La administracion y usufructo del padre no se extienden á los bienes castrenses ni cuasi-castrenses de los hijos; de que estos son los administradores y usufructuarios (3).

Tampoco se extiende á los bienes donados, legados, ó en otra manera mandados al hijo, con la expresa ó tácita condicion de que su padre no los administre

(1) L. 11 tit. 18 Part. 4, y 9 tit. 8 Part. 7.
(2) L. 5 tit. 17 Part. 4.
(3) L. 6 y 7 ibi.

ni usufructúe. En tal caso al hijo menor se le debe proveer de tutor ó curador que administre estos bienes (1).

Administrando el padre los bienes castrenses ó cuasi-castrenses, puede el hijo pedirle cuentas de su administracion; y el padre tiene derecho á retener la décima, los alimentos del hijo, y todo lo demas como un administrador extraño (2).

Las cargas anexas al usufructo del padre ó abuelos en su caso, son las de todo usufructuario, y ademas el alimento y educacion del hijo ó nieto propietario segun su fortuna, y el pago de las rentas ó intereses de los capitales (3).

El padre no necesita autorizacion del juez para entrar en la administracion de los bienes de los hijos constituidos bajo su poder: obra y hace por ellos aun lo que requiere mandato especial; y puede cobrar el dinero que se les debe, no sien-

(1) Molina *De hisp. primog.* lib. 1 cap. 19 ex num. 30: Gomez, in leg. 48 *Tauri* num. 10.

(2) Febrer. p. y lib. 2 c. 3 §. 2 nums. 38 y 66.

(3) L. 5 tit. 19 Part. 4.

do por bienes cuya administracion y usufructo no le pertenece (1).

Por necesidad ó causa urgente del hijo puede el padre enagenar los bienes que le usufructúa ó administra (2).

Si los enagenase por otro motivo, muerto el padre ó en otro modo disuelta la patria potestad, será reintegrado el hijo en los bienes ó herencia de aquel; y no alcanzando, recobrará los suyos de cualquiera que los tenga, si renunciare la herencia paterna, pues siendo heredero, no podrá demandarlos, porque como tal es obligado á la observancia y cumplimiento de todos los contratos legítimos del difunto (3).

El padre puede transigir los pleitos é intereses dudosos de los hijos que tiene bajo su potestad, y comprometerse en árbitros que los determinen (4).

No siendo el padre mas que tutor ó curador de hijo salido de su poder patrio,

---

(1) Castillo, lib. 1 cap. 3 ex num. 8 ad 18, et lib. 8 cap. 44 ex num. 1 ad 6.
(2) Castillo, d. cap. 44 num. 7.
(3) L. 24 tit. 13 Part. 5.
(4) Castillo, lib. 8 cap. 44 num. 15.

para enagenar válidamente sus bienes se requieren las mismas formalidades que con los demas tutores y curadores.

El hijo existente bajo la patria potestad, ninguna parte hace propia por sí en el ganancial del padre; pero la hace si es emancipado (1).

Destruyendo ó malgastando el padre los bienes que administra de sus hijos emancipados ó no emancipados, pidiéndolo estos, debe privarse al padre de su administracion.

¿Se le deberá privar tambien del usufructo en este caso, si es usufructuario? La opinion comun es de que sí (2); pero carece de razones satisfactorias.

Siendo bienes propios del padre los que destruye ó malgasta, sus hijos no pueden privarle de la administracion, á no ser que sea loco, desmemoriado ó pródigo, en cuyo caso se le provee de curador (3).

Si son bienes de mayorazgo los que se

---

(1) Castillo, lib. 1 cap. 3 nums. 72 y 118.

(2) Id. ibi num. 99 al 101, y lib. 8 cap. 43 num. 27, con Molina, Melendez y otros.

(3) L. 13 tit. 16 Part. 6.

destruyen, á peticion del inmediato succesor se mandará que el poseedor preste caucion de conservar entera é ilesa la propiedad, si creyere que esta medida es suficiente.

No siendo suficiente, se encargará la administracion del mayorazgo al succesor inmediato, sea hijo, pariente ó extraño, sin otra obligacion ácia el disipador que la de darle los alimentos necesarios (1).

El hijo mayor de los veinte y cinco años puede estar en juicio y contratar sobre los bienes que administra y usufructúa, sin necesidad de que el padre le dé licencia. No la necesita tampoco en negocios y causas espirituales (2).

Presentándose en juicio el hijo sobre bienes de que es usufructuario el padre, es necesario que éste repudie el usufructo, ó apruebe lo hecho, sin cuyo requisito todo es nulo. Negándose el padre injustamente á la aprobacion, ó á sostener los dere-

---

(1) Molina *De hisp. primog.* lib. 1 cap. 16: Castillo, lib. 8 cap. 43 ex num. 29 ad 39.

(2) Cap. fin. *De judic.* in 6: Castillo, l. 1 c. 3 num. 14.

chos del hijo, se le apremiará á ello (1).

El hijo no puede demandar á su padre, sin que el juez le dé licencia (2).

El hijo constituido bajo la patria potestad, puede en algunos casos parecer en juicio sin licencia del padre; como si éste lo mandase á estudiar ó servir fuera de su pueblo, pues ocurriendo el demandar ó ser demandado en él, si hubiese que obtener la licencia, podria mientras perder su derecho él ó su contrario (3).

Puede el padre restituir á su poder judicialmente al hijo detenido por otro, ó que anda vagando, ó que no teniendo catorce años entró en monasterio sin su licencia (4).

El padre no puede acusar de ladron al hijo que tiene bajo su poder por cosa que le hurtase; mas puede y debe corregirle, y acusar á los que le auxiliasen, y tambien puede recuperar lo hurtado de cualquier detentor (5).

---

(1) L. 11 tit. 17 Part. 4: Castillo, ibi numer. 15 al 17.

(2) Dicha l. 11, y 3 tit. 2 Part. 3.

(3) L. 12 d. tit. 17 Part. 4.

(4) L. 10 tit. 17 Part. 4, y 5 tit. 7 Part. 1.

(5) L. 4 tit. 14 Part. 7.

El ascendiente no puede ser testigo por el descendiente, ni éste por aquel, salvo sobre edad ó parentesco (1).

Tambien lo puede ser el padre en testamento militar del hijo. En pleitos agenos pueden ser testigos los padres y sus hijos (2).

El hermano no puede ser testigo en pleito del hermano mientras estén en poder de su padre (3), mas despues lo puede ser.

El padre que tiene bajo su potestad un solo hijo ó hija de edad pupilar, sin tener otro descendiente legítimo, puede nombrarle heredero en su testamento para el caso en que muera el hijo ó la hija antes de la edad necesaria para poder testar.

Si el padre vive bajo la patria potestad, por no haber sido velado ú otra causa, esta facultad reside en el abuelo paterno, y no en otro (4).

El heredero asi instituido, ¿llevará todo el haber del pupilo sin distincion, y

(1) L. 14 tit. 16 Part. 3.
(2) L. 16 ibi.
(3) L. 19 ibi.
(4) L. 5, 6, 7, 8, 10 y 12 tit. 5 Part. 6.

excluirá á la madre aun de las tercias marcadas en la ley 6.ª de Toro como legítima forzosa de los ascendientes? Esta cuestion es muy antigua; y ha revivido en nuestros dias. Gomez, Vazquez y otros han opinado por la afirmativa exclusiva de la madre; y su opinion la he visto admitida en los tribunales. Como el objeto de esta sustitucion es consultar la conservacion y bienestar de los pupilos, lo que en ocasiones podia ser incompatible con la succesion forzada de la madre y demas parientes, por ésta y demas razones en que se fundaron los que han abrazado dicha opinion, la tengo por legal y razonable. La citada ley de Toro marcó el poder dispositivo de los hijos en perjuicio de sus ascendientes; mas no coartó ni pensó en coartar el del padre en beneficio de sus hijos pupilos establecido en las Partidas, como lo manifiesta bien su propio texto.

El padre, la madre y los demas ascendientes por su orden pueden nombrar heredero sustituto al hijo ó descendiente loco ó desmemoriado, para el caso en que continúe y muera sin el uso del entendi-

miento. Si el loco tuviese hijo ú otro legítimo descendiente, debe éste serle sustituido: en su defecto un hermano, sin necesidad de que lo sean todos los demas hermanos, porque esta necesidad podia ser en detrimento del loco; y á falta de estos cualquier extraño (1).

Los derechos del heredero sustituto de pupilo cesan

1.º Por haber llegado el pupilo á la pubertad:

2.º Por haber salido de la patria potestad, fuese por emancipacion, cautiverio, destierro perpétuo, ó por haber consentido en su prohijamiento:

3.º Por anularse el testamento, ó por hacer otro el padre:

4.º Por renunciar el pupilo la herencia de su padre ó abuelo testador, renunciándola por razon legítima:

5.º Por morir el sustituto antes que el hijo:

6.º Por el nacimiento de otro hijo ó hija (2).

---

(1) L. 11 tit. 5 Part. 6: l. 9 Cod. lib. 6 titul. 26.

(2) L. 10 tit. 5 Part. 6.

Los derechos del sustituto del loco ó de otro modo privado del uso del entendimiento cesan

1.º Si el loco recobra el uso de la razon:

2.º Si tuviese algun hijo ó hija:

3.º Si la sustitucion se revocase por otro testamento, ó el otro se anulase (1).

El hijo ó hija que está en poder de su padre, teniendo la edad para hacer testamento, puede hacerlo como si no estuviese bajo su poder.

El padre que impidiese á su hijo hacer testamento, pierde el derecho de heredarle (2).

El padre no puede desheredar al hijo que no sea mayor de diez años y medio (3).

El padre ó abuelo que tiene á su hijo ó nieto en su poder, puede darle tutor en el testamento, y tambien al póstumo, si no que haya de recaer en la potestad de otro por muerte del que le nombra tutor (4).

---

(1) L. 11 ibi.
(2) L. 26 tit. 1 ibi, y l. 5 de Toro.
(3) L. 6 tit. 5 dic. Partida.
(4) L. 3 tit. 16 Part. 6.

La madre, instituyendo por heredero á su hijo pupilo, tambien puede nombrarle tutor; pero es necesario que el juez le confirme el nombramiento, y no lo confirmará si no es tutor idóneo (1).

El padre y el hijo no pueden tener ni ejercer un mismo oficio, cuándo uno, cuándo otro, en el concejo (2).

No está obligado el padre á pagar las deudas contraidas sin su consentimiento por el hijo que tiene en su poder, á menos que se convirtiesen en su provecho, como en casar á una hermana, en alimentarse á sí mismo, á su padre y familia, y otros usos iguales (3).

Aunque las deudas no se invirtiesen en provecho del padre ni las consintiese, pagándolas el hijo con bienes que no sean de aquel, será válida esta paga, y el padre no puede impedirla. Lo mismo se entiende en cualquiera hijo de familias que tuviese oficio público, ó fuese menestral, ó tuviese tienda de cambio, paños, ú otra

---

(1) L. 6 ibi.
(2) L. 5 tit. 3 lib. 7 Recop.
(3) L. 2 tit. 19 Part. 4; y l. 4, 5 y 6 tit. 1 Part. 5.

mercadería, en que usare del oficio arbitrariamente como si no estuviese en poder de otro, é igualmente el caballero que estuviese bajo la potestad de alguno (1).

Las deudas contratadas por el hijo que está en escuelas ó estudios para los gastos necesarios, tanto él como el padre están obligados á pagarlas, y lo mismo yendo en comision de éste.

Tambien padre é hijo de familias son obligados á pagar lo prestado á éste, si el padre lo sabe ó manda, lo presencia ó consiente, si por carta ó de otro modo lo otorga, ó si despues pagare parte de la deuda.

Si disuelta la patria potestad pagase el hijo parte de la deuda contratada antes, es obligado á pagar el resto (2).

El hijo encargado de una tienda de cambio, mercancía, comercio, ó trajino de su padre, no se obliga por sí, sino por su mandante, quien tiene que pagar todos los préstamos contratados en su uti-

(1) L. 4 tit. 1 Part. 5.
(2) 6 tit. 1 Part. 5.

lidad por el hijo, aunque no precediese mandato suyo especial; pero siendo sin utilidad ni orden del padre, el hijo solo es el obligado (1).

Los pactos y contratos entre el padre y su hijo de familias eran revocables en otro tiempo, no siendo sobre alimentos, bienes castrenses ó cuasi-castrenses. Hoy son irrevocables como los celebrados con otros cualesquiera (2).

---

(1) L. 7 ibi.
(2) L. 6 tit. 11 Part. 5: ley 22 de Toro, 2 tit. 16 lib. 5 Recop.

TITULO IX.

De la tutela y curadoría, y de la emancipacion.

CAPÍTULO I.

Disposiciones generales relativas á los menores de edad.

Menores de edad son los individuos de uno y otro sexo que no han cumplido la edad de veinte y cinco años (1).

Las leyes relativas á los menores de edad los consideran principalmente en el estado de póstumos, infantes, impúberos, y púberos, y tambien en algunas de las edades intermedias.

---

(1) L. 4 y 5 tit. 11 Part. 5: l. 13 tit. 16, y 2 tit. 19 Part. 6.

El hermano ó pariente del difunto intestado, cuya muger quede preñada, ó se duda estarlo, no debe entrar en la herencia, y sí esperar el parto, pues naciendo hijo vivo, debe éste haberla; mas si le consta no quedar preñada, puede como heredero y con otorgamiento del juez entrar en ella, allanándose al pago de deudas, y demas á que era obligado el difunto (1).

A los póstumos se conceden los remedios posesorios, los de tenuta, restitucion *in integrum* y las prerogativas que á los nacidos: les aprovecha todo lo que se hace en su favor: pueden ser instituidos herederos, sustituidos y nombrados sustitutos de otros: se les puede dar tutor; y por su nacimiento se anula el testamento del padre que no le instituyese por heredero, asi como las donaciones que la ley invalida por el nacimiento de hijos.

Estas donaciones no se invalidan hasta que se verifique su nacimiento; y solo desde él se restituyen los frutos al nacido (2).

---

(1) L. 16 tit. 6 Part. 6.

(2) L. 3 tit. 23 Part. 4: l. 20 tit. 1 Part. 6: Febrer. p. 2 lib. 1 cap. 1 §. 2 num. 46.

Aunque los bienes sean de mayorazgo de pura masculinidad, se dará posesion de ellos al póstumo, bajo la condicion de que sea varon.

Para gozar los póstumos de estos beneficios es necesario que se verifiquen las condiciones siguientes:

1.ª Que nazcan entera y no parcialmente vivos, y que tengan figura humana, aunque sea deforme ó defectuosa en algun miembro ó parte de su cuerpo (1):

2.ª Que nazcan en tiempo hábil conforme á lo dicho en el capítulo I, título VII:

3.ª Que despues de nacidos vivan á lo menos veinte y cuatro horas (2):

4.ª Que sean bautizados antes de morir, aunque sea con agua que llaman de socorro (3).

Los infantes ó menores de siete años

---

(1) L. 40 de Toro, et ibi Avendañ. glos. 4 num. 3. Mieres, *De majoratibus*, p. 3 q. 2: Castillo, lib. 3 cap. 19 num. 103, y lib. 5 cap. 91 num. 2.

(2) L. 5 d. tit. 23 Part. 4.

(3) L. 4 y 5 tit. 23 Part. 4: 2 tit. 8 lib. 5 Recop.: Febr. p. 1 l. 1 c. 1 §. 2 num. 47,

no pueden ejercer ningun acto judicial; y si se les instituye por herederos, la persona en cuyo poder se hallan recibirá la herencia por ellos (1).

No obstante, en causas criminales se les explora; y el mérito de sus dichos se gradúa por las circunstancias (2).

Los impúberos, es decir, desde la edad de siete años hasta los doce la hembra, y el varon hasta los catorce, todos cumplidos, pueden aceptar ó repudiar una herencia con consentimiento de su padre, de su tutor, ó del juez (3).

Hasta los diez años cumplidos, en ningun caso se presume que ganen su alimento. De esta edad en adelante podrán ganarlo segun su aptitud y destino al prudente juicio del juez (4).

A los impúberos no se les debe exigir juramento decisivo de pleito, sino á sus tutores; y si jurasen, vale en su provecho, y no en su daño (5).

---

(1) L. 13 tit. 5 Part. 6.

(2) L. 9 tit. 16 Part. 3: Dou, tom. 8 lib. 3 tit. 5 c. 19 l. 4 num. 3.

(3) Dicha l. 13 tit. 6 Part. 6.

(4) L. 2 tit. 23 lib. 4 del Fuero Real.

(5) L. 5 y 7 tit. 11 Part. 3.

En lo civil tanto el varon como la hembra es necesario que cumpliesen los catorce años para poder servir de testigos: en lo criminal, para merecer entera fe, es necesario que cumpliesen veinte años: antes de estas edades solo hacen presuncion; mas, pasando de ellas, pueden declarar lo que supiesen antes de cumplirlas, y harán fe entera (1).

El varon mayor de catorce y la hembra de doce años, aunque estén bajo el poder de su padre, pueden sin su licencia hacer testamento y donacion *mortis causâ* (2), y tambien nombrar tutor á sus hijos ó al huérfano extraño á quien instituyesen heredero de la parte de que se les permite (3).

Tambien es válida la donacion jurada moderada que hagan *entre vivos*, si no han sido lesos enormemente.

Del mismo modo es válida la donacion *propter nuptias*, que con arreglo al permiso de la ley, y con autoridad de su

(1) L. 9 tit. 16 Part. 3.
(2) L. 13 tit. 1 Part. 6; y 4 tit. 4 lib. 5 Recop. et ibi Gom.
(3) L. 3, 6, 7 y 8 tit. 16 Part. 6.

curador, hicieren á favor de sus esposas de bienes que, guardándolos, no pueden conservarse, y no de raices sin que preceda autorizacion expresa del juez con conocimiento de causa justa.

Antes de dichas edades, ni los pupilos ni sus tutores pueden hacer donacion, aunque el juez los autorice (1).

El mayor de catorce años, no teniendo padre, puede por sí ó por medio de procurador comparecer en juicio en causas beneficiales y espirituales, pidiendo ó defendiéndose; pero el menor de dicha edad no puede comparecer por sí, sino por medio de procurador ó curador, de que le proveerá el juez eclesiástico ordinario ó delegado que ha de conocer de la causa (2).

El pupilo mayor de siete años puede por sí solo presentar capellanías y otros beneficios eclesiásticos; y si teniendo tutor, éste presentase ó eligiese á uno, y el pupilo á otro, el elegido y nombrado por éste será preferido (3).

---

(1) Castillo, lib. 8 cap. 63 nums. 12, 13 y 21.

(2) Cap. fin. *De judic.* in 6: Febr. lib. y capit. 1 §. 2 num. 68.

(3) García, *De benefic.* c. 9 num. 166: Elizondo, tom. 1 pag. 325 num. 15.

Los mayores de siete años pueden contratar esponsales, como se ha advertido en su lugar.

Si un oficio enagenado de la corona recayese en menor ó muger, en virtud de la perpetuidad de él, podrá la muger, pasando de veinte y cinco años, y no teniéndolos, su tutor ó curador, nombrar persona que lo sirva en el ínterin que ella toma estado, á la cual persona se despacha cédula de ínterin; y el tutor ó curador del menor podrá hacer el mismo nombramiento en el ínterin que éste tiene edad para servir el oficio, constando por testimonio en ambos casos estar discernido el respectivo cargo (1).

En lo civil y judicial, para los actos no expresados, se requieren los tutores ó curadores de los menores.

El heredero menor de veinte y cinco años y mayor de catorce puede abrazar una herencia, y renunciarla despues, si conoce que le es gravosa (2).

A los menores de veinte y cinco años,

---

(1) Real céd. de 22 de dic. de 1795.
(2) L. 13 tit. 6 Part. 6.

y á todos los que tienen tutor ó curador, si sin mandato del juez se les paga lo que se les debe, y malgastan el dinero, hay obligacion de entregarlo de nuevo (1).

Las obligaciones de los menores y de los demas que no pueden administrar sus bienes sin la intervencion de sus tutores ó curadores, valen si les son útiles. pero no valen si les perjudican (2). Si diesen fianza, ésta no tiene mas obligacion que el menor (3).

CAPITULO II.

De la tutela y curadoría.

SECCION I.

De la tutela.

Tutela se dice la guarda en que se pone al huérfano menor de catorce años, ó la menor de doce, que por sí no puede ni sabe defenderse; y se otorga por dere-

---

(1) L. 4 tit. 14 Part. 5.
(2) L. 4 y 5 tit. 11 Part. 5.
(3) L. 22 tit. 11 lib. 5 Recop.

cho á los tutores, aunque aquellos no la quieran ni demanden, para guardar sus personas y bienes, y no para una sola cosa ó pleito señalado.

Tutores son los que ejercen este cargo, que tiene por objeto la conservacion, alimento y educacion de los infantes y pupilos, y la administracion de sus bienes y derechos. Durante matrimonio el padre es quien principalmente lo desempeña; y es por su falta que la ley nombra un vicario (1). Un caso hay, sin embargo, en que tambien se le llama tutor, y es cuando es padre de un hijo emancipado menor de catorce años (2).

Los deberes de los tutores son iguales á los de los padres, con la diferencia de que estos y algunos otros ascendientes, no teniendo los hijos medios propios de subsistir, están obligados á dárselos de lo suyo; y no lo están los tutores, ni tampoco los curadores (3).

El tutor puede ser *testamentario*, *legitimo*, ó *dativo*; y el testamentario pue-

---

(1) L. 1, 13, 15 y 16 tit. 16 Part. 6.
(2) L. 10 tit. 16 Part. 6.
(3) L. 16 y 20 ibi.

de establecerse *simplemente*, á *cierto dia*, y *con condicion.*

Es tutor testamentario

1.º El dado por el padre á sus hijos legítimos. Este tutor no necesita ser confirmado por el juez si no hay quien lo pida, ni dar fiador, á menos que sea persona de mala fama, ó cuando son muchos los tutores nombrados y uno quiere administrar solo, en cuyo caso está obligado á dar fiador á los contutores, exceptuando el especialmente nombrado con facultad de administrar solo. Todos los demas tutores deben ser confirmados por el juez y dar fiador:

2.º El dado por el padre á sus hijos naturales, si los instituye por sus herederos. No les dejando nada, no es válido el nombramiento de tutor:

3.º El dado por la madre á sus hijos y herederos, no teniendo padre:

4.º El dado por los abuelos á sus nietos sin padre ni madre:

5.º El dado al impúbero por el que le instituyó por heredero, aunque le sea extraño (1).

---

(1) L. 1 á la 12 tit. 16 Part. 6: Febrer. p. 2

A falta de tutor testamentario idóneo, la ley confiere la tutela al legítimo, es decir, al pariente mas cercano succesor del pupilo, sin diferencia de líneas, siendo tambien idóneo.

Siendo muchos los parientes en un mismo grado, se conformarán todos en uno que se encargue de la tutela; y no aviniéndose, lo elegirá el juez, ó pueden sortearse, si todos son idóneos (1).

Si los nombrados tutores ó curadores rehusaren aceptar sus cargos, no teniendo excusa legítima, se les apremiará. Se exceptúa la madre y la abuela, que son libres en aceptar ó no (2).

Quedando el pupilo sin tutor testamentario y legítimo, la madre y parientes que le heredarían intestado, y por su falta ó negligencia los amigos de aquel, ó vecinos de su pueblo, deben pedir al juez que le dé tutor bueno, rico, y tal que atienda al beneficio del pupilo

---

lib. 1 c. 1 §. 2 num. 56 al 75: Dou, tom. 3 pagin. 218, 224 y 225.

(1) L. 9, 11 y 12 tit. 16 Part. 6: Parlador. difer. 99 num. 7: Febrer. p. 2 lib. 1 c. 1 §. 2 num. 60.

(2) Febrer. ibi.

mas que al suyo. Si ninguno lo pide, y el pupilo está desamparado, puede el juez nombrarlo de oficio. Estos tutores son los que se llaman *dativos.*

La madre á quien su marido nombró tutora de sus hijos, puede ejercer todas las funciones tutelares sin que preceda discernimiento del juez. Los demas tutores nombrados por el padre de los pupilos no necesitan tampoco discernimiento, si el padre asi lo dispuso; pero si omitió esta cláusula, y se les opone falta de idoneidad, deben obtenerle (1).

Pierden las madres el derecho de succesion á los hijos que mueren en edad pupilar

1.º Si dentro del año siguiente á la muerte del marido no piden al juez que les provea de tutor (2):

Advierto que pocas madres viudas hay de la clase pobre que no incurran en esta falta por ignorancia, imprevision, ó descuido, sin que por eso dejen de cumplir con todos los deberes ácia sus

(1) Febrer. p. 2 lib. 1 c. 1 §. 2 num. 64.
(2) L. 12 tit. 16 Part. 6.

hijos; en cuyos casos nunca he visto que se las aplicase la pena de la ley, por cesar su motivo y objeto, y por la ignorancia que suele excusar á las mugeres en delitos cuya maldad no conocen (1).

2.º Si sin motivo justo no quieren ser tutoras de sus hijos (2):

3.º Si siendo tutoras casan segunda vez, sin pedir antes al juez que nombre otro tutor á sus hijos, dándole cuentas y pagando el alcance (3):

En esto son tambien muy frecuentes los descuidos de buenas madres de la clase menesterosa.

4.º Si vive lujuriosa y escandalosamente en el estado de viuda (4).

Los parientes del pupilo con derecho á su inmediata succesion, la pierden tambien si sin excusa justa no quieren su tutela; y si dentro del año, contado desde

---

(1) L. 29 y 31 tit. 14 Part. 5.

(2) Eliz. tom. 2 num. 3 pag. 184.

(3) L. 12 tit. 16 Part. 6: Gomez in leg. 14 *Tauri*: Eliz. ibi.

(4) Gomez in leg. 15 *Tauri* num. 13: Febrer. lib. 2 c. 5 §. 2 num. 37.

la muerte del padre, no piden que se les provea de tutor (1).

Cesan estas penas de madres y parientes si son menores de veinte y cinco años: si los huérfanos mueren despues de entrados en la pubertad; y cuando les succeden por fideicomiso (2).

El nombramiento de tutor puede hacerse por el juez del domicilio en que vive el pupilo, ó por el del domicilio en que nació, ó su padre, ó del en que tiene la mayor parte de sus bienes, ya esté presente ó ausente el pupilo, y aunque lo contradiga.

Si los tres jueces nombran tutor, prevalecerá el nombramiento primero; y no sabiéndose cual ha sido éste, vale el del juez del domicilio del huérfano. La práctica es discernirse la tutela en el lugar donde se radica la testamentaría (3).

El nombramiento de tutor al hijo primogénito de grande de España, com-

---

(1) L. 12 tit. 16 Part. 6: Gomez in leg. 14 *Tauri* num. 18.

(2) Gomez ibi.

(3) L. 12 tit. 16 Part. 6: Febrer. p. 2 lib. 1 §. 2 cap. 1 num. 63.

pete á S. M., y por su comision al magistrado á quien diere especial facultad (1).

Los elegidos tutores ó curadores, teniendo excusa legítima para no aceptar estos cargos, deben exponerla al juez competente dentro de cincuenta dias siguientes al en que tuvieron noticia judicial del nombramiento, si se hallan en el lugar, ó á cien millas de distancia (que cada tres hacen una legua); y excediendo, tienen de término un dia mas por cada veinte millas, y ademas treinta dias. El expediente acerca de la admision de excusa debe sentenciarse en cuatro meses contados desde el dia en que se principió el término, y sustanciarse con el elegido para que no alegue indefension.

Si la sentencia le es contraria, puede apelar; mas, si se confirma, será apremiado á ejercer el cargo, y á pagar los daños y perjuicios ocasionados al menor ó inhábil desde el dia de su nonmbramiento (2).

(1) L. 14 tit. 5 lib. 2 Recop.

(2) L. 8 tit. 23 Part. 3: 4 tit. 17 Part. 6: Febrer. p. 2 lib. y cap. 1 §. 2 num. 75.

El tutor debe cuidar de que el menor aprenda buenas costumbres, á leer y escribir, y despues algun oficio ó destino correspondiente á su naturaleza, riqueza y facultades; y de darle comida, vestido y demas necesario segun sus bienes (1).

Debe criarse el huérfano en el lugar y con las personas que mande el padre ó abuelo en su testamento, y á falta de esto, ha de elegir el juez un hombre bueno sin derecho á heredarlo, que ame su persona y beneficio. Teniendo madre de buena fama, puede dárselo para que lo crie y tenga mientras esté viuda, pues casando, debe luego sacarlo de su poder (2).

Los alimentos de los menores deben arreglarse por el juez, ó por el tutor ó curador (si no tienen por conveniente el descubrimiento de su riqueza ó pobreza), de modo que se gobiernen con los frutos ó rentas de sus bienes. No bastando, se hará el *deficit* empeñando ó enagenan-

(1) L. 16 tit. 16 Part. 6.
(2) L. 19 tit. 16 Part. 6.

do sus bienes con las formalidades que se expresarán; y si el tutor ó curador le supliesen, está obligado el menor á pagarles (1).

Los tutores y los curadores pueden retraer y defender ó accionar en nombre de sus menores. Si estos son mayores de siete años pueden concurrir y mover pleito por sí con otorgamiento de su tutor ó curador. Siendo estos muchos, cualquiera puede demandar y defender al menor en todo.

La sentencia dada contra el tutor ó curador, no se ejecuta en sus bienes propios, sino en los de los menores (2).

Seccion II.

De la curadoría.

Curadoría es el cargo de curador; y *curadores* son los que le ejercen.

Es curador

1.º El elegido para administrar los

---

(1) L. 20 ibi: l. *Non solùm* Dig. *De petition. hæreditat.*

(2) L. 17 tit. 16 Part. 6; y 8 tit. 11 lib. 5 Recop.

bienes y derechos del varon mayor de catorce años, ó de la hembra mayor de doce, hasta que cumplan los veinte y cinco:

2.º El que se da interinamente á los póstumos, y á los que no han cumplido dichas edades de doce ó catorce años, en el único caso de ausencia, impedimento ó incapacidad del que era su tutor solo:

3.º El que se da á los mayores de veinte y cinco años, cuando son inhábiles para administrar sus bienes, como son los fátuos, furiosos, los desmemoriados, los mudos totalmente sordos, y los pródigos declarados:

4.º El que se nombra á los bienes y derechos de los ausentes, y de los muertos cuya herencia yace ó no está aceptada; de los que hicieron cesion de bienes, ó los tienen en administracion:

5.º El que solo es nombrado para las causas y pleitos de los que van expresados (1).

A los que han llegado á la pubertad

---

(1) L. 13 tit. 16 Part. 6: l. 60 tit. 18 Partida 3: Febr. p. 2 lib. y c. 1 §. 2 num. 50 y 65; y lib. y cap. 3 §. 2 num. 72.

no se les da curador si no lo quieren, menos en el caso de demandar ó ser demandados, en que es necesario le nombren ellos mismos; y no queriendo, se lo nombra el juez de oficio.

No están obligados á admitir al curador nombrado en el testamento de su padre, y pueden elegir otro, que admitirá el juez, siendo idóneo; pero habiéndole admitido, pueden ser compelidos á estar bajo su curadoría hasta los veinte y cinco años, no probándole causa legal de exclusion, ó no estando casados, ni obtenido dispensa de edad (1).

A los mentecatos y furiosos se les debe nombrar para curador á su pariente mas inmediato, aunque sea su hijo, si es persona capaz y de buena conducta. En todos los demas casos, así el juez como los menores, pueden nombrar para curador á quien quieran, sea ó no pariente.

El nombrado curador puede ser com-

---

(2) L. 13 tit. 16 Part. 6: Greg. Lop. ibi glos. 2: Febrer. p. 2 lib. y cap. 1 §. 2 nums. 66 y 67.

pelido á aceptar el cargo, si no tiene excusa legítima (1).

Los curadores tienen igual obligacion ácia la persona y bienes de sus menores ó administrados, que los tutores, en todo lo que se puso á su cargo.

Sus facultades no son tantas, pues los tutores casi siempre pueden contratar solos por sus pupilos, y los curadores de los entrados en la pubertad no pueden sin su concurrencia. Sobre la persona del menor tampoco ejercen igual autoridad (2).

El curador puede ser nombrado para una sola cosa ó acto, sin facultad para otro alguno; y el tutor no puede ser nombrado sino para todo (3).

El curador nombrado solamente para pleitos y actos judiciales puede ser removido en cualquier tiempo como los procuradores y apoderados; pero siendo tam-

---

(1) L. 1 y 2 tit. 17 Part. 6: 13 tit. 16 ibi: Febrer. p. 2 lib. y cap. 1 §. 2 nums. 66 y 74.

(2) Febrer. ibi num. 65, y 1 p. y c. 4 numer. 92 al 94.

(3) L. 1 y 13 tit. 16 Part. 6: Febrer. 2 p. lib. y c. 1 §. 2 num. 65.

bien para la administracion de bienes, no se le puede remover sin causa legítima probada (1).

Seccion III.

Del juramento, fianza é inventario á que están obligados tutores y curadores.

El tutor y el curador están obligados á jurar en manos del juez, ó del escribano á quien comisione, que cumplirán sus deberes con fidelidad y exactitud.

Deben tambien dar fiador idóneo de que cumplirán con estos deberes (2). Las fianzas de la tutela ó curadoría de la madre y de la abuela, basta que sean en cuanto ellas puedan darlas, por el grande amor que se las presume ácia sus hijos y nietos (3).

Se exceptúan

1.º El tutor nombrado por el pa-

(1) Febrer. ibi nums. 68 y 71.
(2) L. 9 tit. 16 Part. 6.
(3) L. *Nihil* 50 Dig. *De bonis libertor.*

dre del pupilo, quien de ordinario no tiene necesidad de jurar, dar fianza, ni hacer inventario, como se ha dicho:

2.° Los curadores solo para pleitos y actos judiciales, sin administracion de bienes, que no están obligados mas que á jurar, y solo en algun caso extraordinario dan fianza (1).

Si al tiempo de recibirse las fianzas éstas no eran idóneas, el juez ó comisionado que las recibió quedan subsidiariamente responsables á los menores. La misma responsabilidad tienen si no han exigido fianzas (2).

Los bienes del tutor ó curador quedan legal y tácitamente hipotecados y obligados al menor desde el dia en que empezó á administrar sus bienes hasta que le dé cuentas y satisfaga.

Este gravamen de hipoteca se trasmite con los bienes del tutor ó curador á todo otro poseedor, sea por título universal, ó particular.

Por muerte del menor pasa á sus he-

---

(1) Febrer. 2 p. lib. y cap. 1 §. 2 nums. 77 y 78.

(2) Idem ibid.

rederos el mismo derecho de hipoteca en todos sus efectos.

El propio derecho de hipoteca tienen los menores sobre los bienes de las fianzas de sus tutores ó curadores.

No comprende esta hipoteca los bienes que el tutor ó curador adquieran despues de acabada la tutela ó curadoría.

No se extiende á los bienes del juez ó comisionado que las ha discernido.

Comprende los bienes del que, sin los requisitos prevenidos por las leyes, ejerció las funciones de tutor ó curador.

Este derecho no es recíproco, pues el tutor ó curador no tienen derecho de hipoteca legal en los bienes de los menores, y sí solo accion personal para cobrar lo que les deban.

Siendo muchas las fianzas de un tutor ó curador, el menor ó administrado puede dirigir sus acciones contra una sola por el todo, y no se admite al fiador la excepcion de division.

Si los tutores ó curadores son muchos, no responde el fiador sino por la deuda de aquel á quien afianzó: mas administrando uno solo, su fiador será

reconvenido el primero, y subsidiariamente los demas.

Los bienes comprados con dinero de los menores ó administrados, están tambien sujetos á su reintegro por hipoteca legal con preferencia al fisco y á las dotes.

En el caso de administrar unos tutores ó curadores, y otros no, los que administraron deben ser reconvenidos los primeros sobre las cuentas y su pago, y los demas subsidiariamente (1).

Hecho el juramento, y dada fianza, discierne el juez el cargo de tutor ó curador; y luego deben estos hacer inventario de los bienes de sus menores ó administrados, expresando cada cosa, su estado, los instrumentos, libros y papeles concernientes á la herencia, las deudas que el difunto tenia á su favor ó contra sí; los frutos, las cosas litigiosas, todos los vestidos, menos los cotidianos, el lecho, los bienes legados, y los dotales, parafernales ó hereditarios de la

(1) L. 23 tit. 13 Part. 5: Castillo, lib. 8 cap. 36 §. 5 num. 32; Gutierr. *De tutel.* p. 2 cap. 16: Febrer. lib. y c. 3 § 2 num. 53 al 65.

muger, no para dividirse, sino para entregárselos (1).

Retardando el tutor ó curador el inventario, el juez los puede remover por sospechosos, si no manifiestan justa causa que se lo impidiese, y ademas son responsables á sus administrados del daño que se les haya seguido por su dolo, por su culpa grave ó leve (2).

El padre, cuando algunos de sus hijos ó todos son menores, puede diputar persona ó personas de su confianza que despues de su muerte hagan el inventario de su herencia, y la dividan entre aquellos, ó por sí, ó por perítos que elijan, sin intervencion de juez ni escribano. Las madres que tienen sus hijos en guarda, en todo caso pueden hacer el inventario por sí ante tres ó cinco testigos, estando presentes los parientes de los menores, y presentándolo al juez despues de acabado para que lo protocolice el escribano.

---

(1) L. 15 tit. 16 Part. 6: 100 tit. 18 Part. 3: Febr. 2 p. lib. y c. 1; y lib. 2 c. 10 §. 2 nota 6.

(2) Dicha l. 15: l. 5 tit. 11 Part. 3; y 7 titul. 51 lib. 5 Cod.

El rey Leovigildo aplicó esta disposicion á todos los demas inventarios de tutores, confiando en el natural amor de los parientes de los menores. D. Alonso el Sabio, creyendo que la virtud estaba vinculada á los jueces y escribanos, los encargó de todo, y no contó para nada con los parientes. Si resucitase, lloraría los efectos de su engaño con lágrimas muy amargas (1). Por fortuna su ley no es de uso general: la moderna legislacion de Francia es conforme con los principios de nuestros reyes godos; y los mismos sería útil seguir si se tratase de uniformar nuestras prácticas.

---

(1) L. 3 tit. 3 lib. 4 del Fuero Juzgo: 15 titul. 16 Part. 6: Febrer. p. 2 lib. 2 cap. 10 §. 2 nota 6: Code civil lib. 1 tit. 10. La ley 3 tit. 7 lib. 3 del Fuero Real coincide con la de Leovigildo en gran parte.

SECCION IV.

De las causas que dispensan de la tutela y curadoría.

Están dispensados de los cargos de tutor ó curador los que siguen:

1.º El que tiene cinco hijos varones legítimos vivos. Aunque alguno ó algunos de ellos muriesen en la guerra, se les reputa vivos para este efecto:

2.º Los consejeros, administradores de Rentas reales, ó embajadores:

3.º Los jueces durante su judicatura, á menos que acepten estos cargos, ó los ejerzan antes de ser jueces:

4.º Los ausentes en lugar muy distante por mandato y en servicio del rey ó de la tierra; pero restituidos á su patria deben continuar en la tutela recibida, y hasta despues de un año, contado desde el dia de su regreso, no se les puede obligar á tomar otra:

5.º Por tener tres tutelas. Esta excusa no aprovecha al padre para no admitir la tutela de su hijo, ni al que tiene dos tutelas y una curadoría:

6.º Los que son tan pobres que tie-

nen que vivir del trabajo personal:

7.° Los que padecen enfermedad grave habitual:

8.° Los que no saben leer ni escribir, si son tan simples que no pueden llevar la cuenta y razon necesaria:

9.° Los mayores de sesenta años, ó menores de veinte y cinco:

10.° Los militares en actual servicio:

11.° Los maestros de gramática, retórica, filosofia ó medicina en actual ejercicio y con mandato del rey:

12.° Los sacerdotes seculares; bien que pidiendo la tutela de sus parientes, son hábiles para ella, como para curadores si se les nombra y aceptan el cargo:

13.° Los que tengan doce ó mas yeguas de vientre, propias, ó tres caballos padres, por tres años contínuos.

¿Estarán dispensados los recien casados en los cuatro años siguientes á su matrimonio? Si la tutela y curadoría no son cargos concejales, como no lo son á mi parecer, no están dispensados (1).

(1) L. 14 tit. 16: y 2 y 3 tit. 17 Part. 6: l. 14 tit. 1 lib. 5 Recop.: Real céd. de 8 de setiemb. de 1789 art. 3; y l. 3 tit. 17 lib. 6 Recop.

Seccion V.

De la incapacidad, de las exclusiones y destituciones de la tutela y curadoría.

No pueden ser tutores ni curadores

1.° Los menores de veinte y cinco años, exceptuando el padre legítimo mayor de diez y ocho:

2.° El mudo, sordo, desmemoriado, disipador, ni el de malas costumbres:

3.° Las mugeres, exceptuando la madre y la abuela;

4.° Los obispos, religiosos, y los caballeros mientras estén en servicio activo del rey;

5.° Los obligados al rey por Rentas reales, y los que son deudores á los menores; á no ser que el padre los nombrase en testamento (1).

Se excluyen y aun destituyen

1.° El que tenga pleito con el menor sobre el todo ó parte de su heredad:

---

(1) L. 14 tit. 1 lib. 5 Recop.: l. 4 y 14 titul. 16 Part. 6.

2.° El que lo hubiese tenido sobre esclavitud con el padre del menor, ó habido con él enemistad capital ó manifiesta, sin mediar despues la paz entre ellos:

3.° El que, habiendo sido tutor ó curador de otro menor, malversó sus bienes, ó le enseñó malas costumbres:

4.° El que ha dicho en juicio que no tiene con que alimentar al menor, y se halla ser falso:

5.° El que no hizo inventario de los bienes del menor, sin impedimento que le justifique:

6.° El que no defiende los pleitos ó persona del menor en juicio ó fuera de él:

7.° El que se esconde ó no quiere parecer luego que sabe su nombramiento:

8.° El que de los frutos del menor no hace la provision necesaria para alimentarle:

9.° El que sin las solemnidades prescritas por las leyes, vende, enagena, ó empeña bienes de los prohibidos enagenar sin los requisitos que previenen:

10.° El que priva al menor de alguna herencia útil, renunciándola en su nombre:

11.º El de malas costumbres, ó que por otro motivo se presume fundada y racionalmente que malversará los bienes del menor.

La pobreza no es motivo para destituir al tutor ó curador bueno y moderado.

Cualquiera del pueblo puede acusar por sospechoso al tutor testamentario, legítimo, ó dativo; pero especialmente la madre del huérfano, abuelo, hermana, ama que lo crió, ú otra persona movida de piedad.

Esta acusacion se ha de hacer ante el juez superior del lugar en que estén los bienes de la tutela, y á presencia del tutor.

No puede el menor de catorce años acusarlo por sospechoso; pero sí el mayor con consejo de sus parientes.

Puede el juez de oficio remover al tutor, si en cualquier modo entiende que cumple mal su encargo; y siendo acusado por sospechoso, y contestado el pleito de la acusacion, debe nombrar otro por el tiempo del litigio.

El removido por sospechoso de enga-

ño queda infamado para siempre, y ha de pagar al huérfano el daño que el juez estime; mas el removido por perezoso ó falta de buen recaudo no será infamado.

Estas disposiciones son aplicables á los curadores (1).

SECCION VI.

De la administracion de los tutores y curadores.

Desde el discernimiento ó aceptacion de la tutela ó curadoría, es obligacion de los tutores y curadores tener cuidado de las personas de sus menores, á quienes representan en todos los actos civiles.

Deben administrar sus bienes como buenos padres de familias, y responden de los daños é intereses ocasionados por su culpa grave ó leve.

Habiendo duda sobre el valor de estos daños é intereses, se apreciarán en lo que jure el mayor de catorce años, ó el tutor del menor de esta edad, estando

(1) L. 23 tit. 13 Part. 5: tit. 18 Part. 6: Castillo, lib. 8 cap. 36 §. 5 num. 32.

ciertos de lo que juran y piden (1).

No pueden ni deben comprar bienes algunos de sus menores ó administrados, pena de nulidad y del cuatro tanto para la cámara, á menos que sea en beneficio de estos, con otorgamiento de los contutores, si los hay, y con licencia del juez competente. Siendo en su perjuicio, podrán reclamar la nulidad de la compra hasta cuatro años despues de cumplidos los veinte y cinco (2).

Pueden enagenar los frutos y muebles que, guardándolos tres años, no se conservan sin destruirse ó deteriorarse. Si pertenecen á mayor de catorce, y menor de veinte y cinco años, debe éste concurrir á la enagenacion (3).

Para que sea válida la enagenacion de los inmuebles y de los muebles que guardándolos se conservan, son necesarios los cuatro requisitos que siguen:

---

(1) L. 5, 6 y 7 tit. 11 Part. 3, tomadas de la ley 7 tit. 51 lib. 5 Cod.: leyes 1, 13, 15 y 16, tit. 16 Part. 6.

(2) L. 4 tit. 5 Part. 5: 23 tit. 11 lib. 5 Recop.: et ibi Matienz. glos. 1 y 2.

(3) Castillo, lib. 8 cap. 63 nums. 12, 13 y 21.

1.° La enagenacion de los bienes de un mayor de catorce años, y menor de los veinte y cinco capaz de discernir y consentir, ha de otorgarse por el menor y su curador. La de pupilos y de otros que carecen de entendimiento, solo por su tutor ó curador:

2.° Probar ante el juez que la enagenacion es necesaria, ó útil al administrado:

3.° Que el juez, con conocimiento de esta necesidad ó utilidad, dé licencia para la enagenacion:

4.° Que los bienes inmuebles que se vendieren anden en almoneda pública treinta dias, y los muebles doce, rematándose en el postor mas ventajoso (1).

Se estiman causas justas para el juez dar su licencia

Si los acreedores del menor instan á que se vendan bienes para su paga:

Si las rentas del menor no bastan para sus alimentos:

---

(1) L. 60 tit. 18 Part. 3: 4 tit. 5 Part. 5: 18 tit. 16 Part. 6: Castillo, lib. 8 cap. 63 numer. 26: Febrer. 2 p. lib. 1 cap. 1 §. 2 num. 84; y lib. 3 c. 3 §. 2 num. 70.

Si no hay otro recurso que vender para su casamiento, ó el de una hermana; y otras graves, á juicio del juez: quien tampoco debe dar licencia para venderse inmuebles antes que los muebles, á no ser que así lo exija la mayor ventaja del huérfano (1).

Los tres primeros requisitos son necesarios igualmente para la cesion, donacion, transaccion, permuta, dacion en enfiteusis y arrendamiento por largo tiempo, renuncia de herencia, imposicion de censo, constitucion ó remision de usufructo ó de otra servidumbre, y para gravar los bienes de menores con hipoteca, por ser especies de enagenacion (2).

La nulidad que resulta de la falta de estos requisitos no impide que el menor quede obligado á la satisfaccion de aquello en que se aumentó su riqueza ó patrimonio por estos contratos nulos, porque no es justo que ninguno gane con daño de otro (3).

---

(1) Dichas leyes, y Febrero ibi, y num. 69 d. cap. 3.
(2) Febrer d. lib. y cap. 3 nums. 67 y 68.
(3) L. *Pupillus* 5 Dig. *De auctorit. tutor.*

Esta nulidad se ha establecido en favor del huérfano, y no de otros; por lo que puede aquel obligar al mayor al cumplimiento del contrato.

El menor que administra sus bienes por haber obtenido vénia de edad, ó por ser casado mayor de diez y ocho años, tampoco puede enagenar sus bienes inmuebles, ni los muebles que se pueden conservar, sin los propios requisitos, porque la facultad de administrar no se extiende á la enagenacion de mas bienes que de los que no pueden conservarse.

Los contratos nulos por la falta de estos requisitos, se hacen válidos si los menores los aprueban expresa ó presuntivamente en su mayor edad. Se presumen aprobados si no han reclamado judicialmente contra ellos antes de cumplir los veinte y nueve años de edad, si la enagenacion ha sido por título oneroso, pues siendo lucrativo, se necesitan diez años despues de cumplir los veinte y cinco (1).

Si por la enagenacion ha padecido el

---

(1) Castillo lib. 8 cap. 63 nums. 12, 13, 16 y 33.

menor lesion enorme ó enormísima, ó en el contrato hubo en su daño falsedad, engaño, dolo, error, ignorancia ú otro igual vicio, no se hace válido si no le aprueba expresamente en la mayor edad. Sus acciones en este caso son dos: una contra su tutor ó curador, ó sus herederos, para resarcimiento del daño recibido por su culpa, omision ó negligencia; y otra para reivindicar la cosa enagenada de su detentador, probado el vicio del contrato (1).

Aunque el menor jurase la observancia del contrato de enagenacion en que ha padecido lesion enorme ó enormísima, y renunciase tambien con juramento al derecho de reclamacion, no obstante se rescindirá, sin necesidad de que preceda la relajacion ó absolucion del juramento, aunque en el contrato interviniesen todos los expresados requisitos; porque se presume que el menor no ha renunciado con conocimiento tan grande lesion, y que en la renuncia hubo dolo, fraude, seduccion, ó error: y porque el juramento no se ha

(1) Castillo ibi num. 34: lib. 2 cap. 5 numer. 15 y sig.; y lib. 3 cap. 2 num. 24.

instituido para ser el vínculo de iniquidad (1).

Sin los requisitos referidos se pueden enagenar válidamente los bienes inmuebles de menores ó entredichos en los casos que siguen:

1.° Cuando solo se perfecciona el contrato de enagenacion incoado por el padre del menor, ó por otro de quien es heredero:

2.° Cuando el menor, en cumplimiento del pacto de retrovendendo con el que su causante compró alguna finca, la devuelve ó retrovende á su tiempo con autoridad de su tutor ó curador, que es bastante:

3.° Cuando ha sido voluntad expresa del padre del menor que cierta finca se vendiera al comprador que nombró, con quien dijo tenia tratada su venta por precio determinado:

4.° Cuando el menor recibe utilidad en la enagenacion:

5.° Cuando la enagenacion es de cosa de poca entidad, si el mayor de ca-

(1) Febrer, lib. y cap. 3 §. 2 num. 71 al 77.

torce años juró su estabilidad (1).

Tampoco se suele rescindir la enagenacion cuando el juez no lo estima conveniente, en consideracion á la calidad de los contratantes, al acto del contrato, á su causa, y á la riqueza del menor (2).

Nuestros jurisconsultos del siglo XVII, exceptuando el señor Covarrubias, han opinado que son válidas é irrescindibles las renuncias que los individuos de ambos sexos entrados en pubertad suelen hacer de las legítimas heredadas ó no heredadas en favor de los padres, ó de algun hermano ú otro pariente, para entrar en religion, para fundar mayorazgo, ó con otro fin útil, aunque para su otorgamiento no precediesen los expresados requisitos, y las renuncias contengan lesion enorme ó enormísima en daño del menor (3). Esta opinion ha sido y está recibida; pero carece de apoyo legal.

---

(1) L. 4 tit. 5 Part. 5: Febrer. lib. y cap. 3 §. 2 num. 71 al 77.

(2) Molina, *De hisp. primog.* lib. 2 cap. 3 nums. 27 y 28: Castillo, lib. 3 cap. 2 nums. 42 y 47.

(3) Castillo, lib. y cap. 3 num. 65 al 88.

Los tutores ó curadores tienen derecho por razon de su trabajo á tomar para sí la décima parte de los frutos naturales, industriales y civiles que han percibido y administrado por el menor, y se vencieron durante su administracion; y á cobrar ademas las expensas hechas en su provecho.

Si al tiempo de comenzar ó acabarse la tutela ó curadoría no estuviesen concluidos los trabajos de cosecha, cobranza, ó venta, se hará el descuento prudencial y equitativo que corresponda.

Esta décima no se deduce sino de los frutos que quedan líquidos, no entrando en acervo los equivalentes á las anticipaciones necesarias.

Las pensiones anuales con que estén gravados los bienes, no se deducen para la décima, que comprende todos los frutos, sacadas las anticipaciones de siembra, cultura, cria, diezmo, &c.

No tienen derecho á décima los tutores ó curadores del rey, ó de persona poderosa: ni los curadores para actos judiciales, ó cosa cierta: ni los de bienes de ausente, cautivo, ó difunto, á los cuales se

asigna un salario proporcionado á su trabajo (1).

Pueden los tutores ó curadores cultivar por sí los fundos de sus administrados, y cobrar, ademas de la décima, lo que deban haber por su trabajo de cultura segun la costumbre de la tierra; y de uno y otra, asi como de las expensas en negocios y obras útiles á los menores, pueden cobrarse por sí mismos (2).

El tutor ó curador no puede casar con la huérfana, ni darla por muger á su hijo y nieto, si no es que el padre la hubiese desposado con alguno de estos, ó mandado en su testamento, bajo la misma pena que en el caso de adulterio.

Teniendo acceso con ella sin casamiento, será desterrado para siempre á alguna isla, y aplicados sus bienes á la Cámara en defecto de ascendientes ó descendientes legítimos hasta el tercer grado.

(1) L. 3 tit. 3 lib. 4 del Fuero Juzgo: 2 titul. 7 lib. 3 del Fuero Real: Febrer. p. 2 lib. y cap. 1 §. 2 num. 87 al 96.

(2) Febrer. 2 p. lib. y cap. 1 §. 2 nums. 92 y 93.

Siendo huérfano puede casar con la hija de su curador, sin que ni éste ni ella incurran en pena (1).

SECCION VII.

De las cuentas de tutores y curadores.

Los tutores y los curadores, cesando en sus respectivos cargos, deben rendir cuentas.

Aun durante la tutela ó curadoría, si sus fiadores ú otros les acusan de malversacion, pidiéndoles estados, están obligados á presentarlos.

Los créditos respectivos del menor y de su tutor ó curador, son compensables en las cuentas (2).

SECCION VIII.

De la emancipacion.

Por *emancipacion* entiendo la cesacion de la patria potestad, y de la de tutores y curadores, quedando libres sus

---

(1) L. 6 tit. 17 Part. 7.

(2) L. 1 y 21 tit. 16; y 1 tit. 18 Part. 6: Febrer. lib. y cap. 3, 2 p. §. 2 num. 56.

administrados para gobernarse á sí mismos.

Quedan libres los hijos del poder ó imperio de sus padres

1.° Por la muerte natural de estos:

2.° Por su muerte civil, á saber, si profesan en religion aprobada, ó son condenados á trabajos forzados perpétuos. Esta pena no es aplicable en España; y las condenas á trabajos temporales no diriman la patria potestad (1), ni tampoco las de destierro y extrañamiento temporal:

3.° Por incurrir en delito de incesto los padres ó abuelo:

4.° Por ser abogado el hijo ó nieto, por ser obispo, ó haber obtenido alguna de las dignidades ó empleos equivalentes á los antiguos de patricio, cónsul, procónsul, prefecto, cuestor, maestro de caballería, patrono del fisco, maestro del sagrado archivo, canciller y notario del rey. De estos empleos, los de patricio, cónsul, prefecto pretorio, y obispo, libran al hijo ó nieto de la patria potestad por

(1) L. 1 á la 15 tit. 18 Part. 4.

sola la eleccion; pero en los demas se requiere que empiece su ejercicio:

5.° Por haberse casado y velado el hijo ó nieto mayor de diez y ocho años, los cuales desde este acto tienen derecho á que se les entreguen sus bienes y frutos:

6.° Por haber sido adoptado por algun ascendiente con consentimiento del padre:

7.° Por ser el hijo de veinte y cinco años cumplidos, y emancipado por su padre con aprobacion del Consejo (1).

Puede el padre ser obligado á emancipar el hijo por cuatro causas:

1.ª Si lo castiga muy cruelmente, sin la natural piedad que debe haber de él:

2.ª Si diese medios ó apremiase á sus hijas á ser malas de su cuerpo:

3.ª Si recibe alguna manda de testamento hecha con condicion de emancipacion:

4.ª Si prohija á su entenado menor de catorce años, y cumplidos, éste se dis-

---

(1) L. 7 á la 15 tit. 18 Part. 4: l. 10 tit. 16 ibi: 8 y 9 tit. 1 lib. 5 Recop.: Auto acord. 20 tit. 9 lib. 3: y §. 16 del art. 35 de la Real céd. de 27 de octubre de 1800.

guste por algun motivo, y lo manifieste al juez para que lo apremie á su emancipacion, resultando cierto (1).

Probando el menor con testigos sin tacha su idoneidad y aptitud para regir y gobernar los bienes, á consulta del Consejo, dispensa muchas veces S. M. en la ley que le interdice la administracion. Esta dispensa no suele concederse sino cuando el varon ha cumplido los veinte años, y diez y ocho la hembra.

El menor que intentare esta dispensa, debe comparecer personalmente ante el señor ministro á quien toque consultar la gracia. El Consejo puede tambien dispensarle de esta presentacion.

Conseguida la dispensa, el menor se tiene por mayor de veinte y cinco años, y como tal puede comparecer en juicio sin curador, ni esperanza de restitucion, y puede enagenar los bienes inmuebles con solo el decreto judicial, si en la dispensa no se le habilitase especialmente para ello.

Si el recurso se dirigiese á conseguir dispensa de edad para servir empleo ó

---

(1) L. 18 tit. 18 Part. 4.

destino público, esta gracia está reservado á la Cámara el consultarla á S. M., mediante el servicio pecuniario que ha de entregarse en la tesorería mayor (1).

El padre tiene la mitad del usufructo en los bienes adventicios del hijo á quien emancipó, si expresamente no se la remite (2).

---

(1) Eliz. tom. 5 p. 2 c. 13 num. 9 al 16.
(2) L. 15 tit. 18 Part. 4.

LIBRO SEGUNDO.

De las cosas y bienes: de su propiedad, dominio ó señorío; y de sus diferentes modificaciones.

Cosa es todo ente que puede servir al hombre para algun uso, sea para su cuerpo, ó para su espíritu. Las que están bajo su dominio se llaman *bienes.*

TITULO I.

De la distincion de bienes.

Todos los bienes son *inmuebles*, ó *muebles* (1).

(1) L. 1 tit. 17 Part. 2.

CAPÍTULO I.

De los inmuebles.

Los bienes son inmuebles, ó por su naturaleza, ó por su destino, ó por el objeto al cual se les aplica.

Las heredades y los edificios son inmuebles por su naturaleza.

Los frutos pendientes en los árboles, viñas, y heredades que los producen, son parte del fundo y bienes inmuebles. Desde que los frutos están cortados, y las frutas separadas del árbol, aunque no se hayan recogido, cesan de constituir parte del fundo ó árbol, y son muebles (1).

Todo lo anexo y perteneciente al edificio sigue su naturaleza y es inmueble. Así lo son

Los pozos, canales, caños, acueductos, y lo mas destinado á su servicio interior y exterior:

(1) L. 25 y 39 tit. 28 Part. 3: l. 44 Dig. *De rei vend.*: Gomez, in leg. 70 *Tauri* num. 29: Febrer. p. 2 lib. 3 c. 2 §. 2 num. 90.

Los ladrillos, cantos, teja y madera incorporados en su obra:

Las paneras, hórreos, tinajas y otras cosas semejantes fijadas en edificio ó fundo, ó tan grandes que no pueden moverse sin deshacer ó deteriorar su forma:

Las llaves, cerrojos, puertas y ventanas, aunque no estén en el edificio, si se sacaron con ánimo de volverlas á él:

Los rodeznos, muelas y demas aperos del molino moliente:

Los colmenares, palomares, estanques de pescados, estando incorporados en el edificio, ó metidos en su fundo:

Las fuentes y albercas de casa ó heredad, así como todo lo destinado para su perpétuo uso ó beneficio (1).

¿Serán inmuebles por su destino los bueyes y bestias de arar una hacienda, los aparejos y aperos de labranza, el hato de ganado lanar conveniente á fertilizarla, hasta el número de cien cabezas? Me inclino á la afirmativa, fundado en las leyes que prohiben la traba de ejecucion en es-

(1) L. 28 á la 31 tit. 5 Part. 5: Febrer. ibi num. 89 al 91: Domat, *Loix civil.* lib. prelimin. tit. 3 sec. 1.ª art. 5 y sig.

tos efectos (1), al parecer por reputarlos partes de la misma hacienda, como que sin ellos no puede producir; y por militar igual razon, lo propio debe decirse de los abonos, pajas, semillas, yerbas y otros artículos sin los cuales no puede continuar la produccion.

Son inmuebles por el objeto á que se aplican.

Las servidumbres de fundos y edificios, y todo derecho perpétuo que puede constituir hipoteca ó admitir gravamen:

Los censos y oficios públicos, aunque sean vitalicios, cuanto á sus derechos; pero los réditos vencidos son muebles:

El derecho de usufructo de cosa inmueble, pues el usufructo vencido es mueble:

Los derechos y acciones sobre cosa inmueble (2).

---

(1) L. 25, 26, 28 y 29 tit. 21 lib. 4: l. 5 tit. 17 lib. 5; y l. 25 tit. 13 lib. 8 Recop.

(2) Felic. *De cens.* lib. 2 cap. 3 num. 33: Rodrig. *De red.* lib. 1 q. 3 nums. 8, 10 y 11: Febrer. 2 p. lib. 3 cap. 2 §. 2 nums. 91 y 92.

CAPITULO II.

De los muebles.

Los bienes son muebles por su naturaleza, ó por reputarse tales en derecho.

Son muebles por su naturaleza los cuerpos que pueden trasportarse de un lugar á otro, sea que ellos se muevan por sí mismos, como los animales; sea que no púedan moverse sino por efecto de una fuerza extrangera, como lás cosas inanimadas (1). Las que se mueven por sí se suelen distinguir con el nombre de *semovientes* (2).

Se reputan muebles las obligaciones y acciones sobre cosa mueble por naturaleza, así como los réditos, intereses, rentas y frutos vencidos.

Los utensilios que no hacen parte del edificio son muebles.

Lo son tambien los materiales procedentes de su demolicion, y los reunidos para construir uno nuevo, mien-

(1) L. 1 tit. 17 Part. 2.
(2) Febrer. ibi num. 88.

tras que no están puestos en obra (1).

La palabra *mueble* empleada en la ley ó en disposiciones de particulares, no comprende sino lo que en sentido comun se llama mueble. Así que la venta, donacion, ó legado de una cosa con sus muebles, sin otra adicion, no debe comprender el dinero, las pedrerías, las deudas activas, los libros, las medallas, los instrumentos de ciencia, arte ú oficio, las ropas de vestir, los caballos, equipages, armas, granos, vinos, pajas, abonos y otras cosas á este tenor, ni comprende lo que es objeto de un comercio (2).

CAPITULO III.

De los bienes en su relacion á los que los poseen.

Los particulares tienen el poder de disponer de los bienes que les pertenecen, y de hacer en ellos lo que quieran, salvas las modificaciones establecidas por las leyes (3).

---

(1) Febrer. p. 2 lib. 3 cap. 2 §. 2 num. 89.
(2) Castillo, lib. 1 cap. 38 num. 24.
(3) L. 2 tit. 1 Part. 2, y 1 tit. 28 Part. 3.

Los bienes que no pertenecen á particulares se administran y no pueden enagenarse sino en las formas y siguiendo las reglas que les son particulares.

Los caminos, carreras y calles públicas al cargo del estado, los rios navegables, puertos, playas y riberas, los muros, fortalezas, calzadas, puentes y caños de los pueblos, las fuentes públicas, plazas, mercados, ferias, casas de cabildo, ejidos, montes sin dueño conocido, llamados baldíos, los hospicios, hospitales, casas de misericordia, las cárceles, los propios y arbitrios de los pueblos, los cementerios, los bienes perdidos, abandonados y náufragos, los tesoros, las minas, los mostrencos, los archivos y protocolos públicos, los montes y arbolados reales, los de ciudades, villas, lugares y aldeas, y otros á este tenor, se consideran dependencias del dominio público (1), y corresponden al derecho público. En los montes de dominio particular ejercen los dueños en toda su plenitud las facultades domínicas. (2).

---

(1) Tit. 28, Part. 3.

(2) Circular de 26 de agosto de 1816, y Real Ord. de 30 de agosto de 1817.

Los rios no navegables son de los lugares por cuyos términos pasan.

Las riberas de los rios, sean ó no navegables, y sus árboles, son de aquellos cuyas son las heredades á ellas unidas (1).

Sobre los bienes sagrados y eclesiásticos hay leyes que les son particulares.

Bienes y cosas comunes son aquellas á cuya propiedad ó á cuyo producto ó goce tienen muchos derecho en comunidad.

Esta comunidad puede ser negativa, mixta, ó positiva. Si muchos usan ó pueden usar en comunion de una cosa sin que ninguno de ellos ni todos juntos tengan dominio en ella, se llama comunidad negativa. Asi se usa del aire, de la luz, de la alta mar fuera del alcance del tiro de cañon ó mortero colocado en la costa, &c.

Si un pueblo ó corporacion usa en comunion de una cosa sobre que ningun individuo tiene dominio, por pertenecer este á todo el pueblo ó corporacion, se llama comunidad mixta. A esta clase corresponden los bienes de corporaciones ecle-

(1) L. 6 y 7 ibi: Torres, *Inst. hisp.* lib. 2 tit. 1 text. 2 *In com.*

siásticas y religiosas, los comunes de un estado, de ciudades, villas, lugares, y otros, cuya partija está prohibida.

Si muchos tienen dominio en cosa indivisa, y al mismo tiempo tienen parte determinable en ella, se llama comunidad positiva, á que pertenecen las herencias y compañías de comercio ó industria, y los montes de dominio particular, cuya partija está permitida (1).

Se puede tener en los bienes ó un derecho de propiedad, dominio ó señorío, ó el de gozarlos, ó solamente el de percibir servicios de ellos.

---

(1) Tit. 28 Part. 3, Real Orden de 26 de agosto de 1816, y 30 de id. de 1817: Azuni *Der. marit.* Wolf. *Jus Nat.* p. 2 c. 1 §. 104. 126 y 129.

TITULO II.

De la propiedad, dominio, ó señorío.

Algunos jurisconsultos distintinguen la propiedad del dominio ó señorío. Entienden por *propiedad* el derecho de disponer de la sustancia de la cosa que no se consume con su uso, enagenándola ó mudándola, cuando este derecho no se extiende á usarla y gozarla; y cuando todo lo comprende, le llaman *dominio ó señorío* (1). Esta distincion no fue conocida en la legislacion romana, ni en sus derivantes, segun las cuales son sinónimas las voces propiedad, dominio ó señorío, y las definen, "poder que hombre tiene en sus cosas para hacer de ellas y en ellas lo que quisiere, con tal que no haga un uso prohibido por las leyes ó pactos (2)."

El dominio puede ser *pleno* ó *limi-*

(1) Wolf. *Jus Nat.* p. 2 c. 2, y p. 6. c. 1.
(2) L. 1 tit. 28 Part. 3.

tado. Pleno es el definido; y el limitado se subdivide en *directo* y *util*.

Dominio directo es la misma propiedad ó parte de ella; y util es el derecho de usar y gozar la cosa sin restriccion alguna, sino con respecto á la propiedad sobre que reside con mas ó menos extension el directo, conforme á las leyes y pactos. Se subdividen ambos en tantas fracciones cuantos son los derechos que los constituyen (1).

Ninguno puede ser compelido á ceder su propiedad, á menos que sea por causa de utilidad pública, como para hacer castillo, puente ó cosa semejante, y mediante una justa y prévia indemnizacion.

Tambien se le puede sacar su propiedad por resultas de contrato ó delito segun ley (2).

Teniendo el rey cosa comun con otros, puede venderla, ó en otro modo enagenarla toda, dando á cada partícipe la estimacion de su respectiva parte (3).

---

(1) Wolf. *Jus Nat*. p. 6 c. 1 §. 5 et seq.

(2) L. 2. tit. 1 Part. 2, y 31 tit. 18 Part. 3: Castillo, tom. 3 cap. 6 cum seqq., et tom. 7. cap. 41, et 8 cap. 36 §. 1 num. 73.

(3) L. 53 tit. 5 Part. 5.

El dominio de una cosa, sea mueble ó inmueble, da derecho á todo lo que ella produce, y á todo lo que se la una accesoriamente, sea natural, artificial, industrial, ó civilmente.

Este derecho se llama *de accesion*, que será *natural*, si se ejecuta por la naturaleza sola, como los frutos espontáneos y la aluvion: *artificial*, si por el hombre solo como las piedras con que se adorna un vestido: *industrial*, cuando interviene la naturaleza y la industria humana, como el trigo y uvas respecto del fundo; y *civil*, cuando lo accesorio proviene de instituciones civiles, como los réditos respecto del capital en censo (1).

CAPÍTULO I.

Del derecho de accesion sobre lo que produce la cosa.

Los frutos naturales ó industriales de la tierra,

Los frutos civiles,

(1) Wolf. *Jus Nat.* p. 2 c. 2 §. 348, 349 et 350.

El aumento y crias de animales,

Pertenecen á su dueño con dominio pleno por derecho de accesion (1).

Las crias de animales pertenecen al dueño de la madre, y el del padre solo debe haber lo que le pertenezca por pacto ó costumbre (2).

Los frutos producidos por la cosa no pertenecen á su dueño sino con la carga de reembolsar ó satisfacer los gastos de labores, sementera y demas anticipaciones hechas por terceros, que suelen llamarse expensas (3).

El simple poseedor no hace suyos los frutos de la cosa sino en el caso en que la posea de buena fé.

Poseyéndola de buena fé, con título, sin título, ó con título inválido cuyos vicios ignoraba, hace suyos los frutos industriales cogidos y expendidos; pero los no expendidos pertenecen al dueño, y lo mismo los frutos naturales todos, aunque se hayan expendido, pagando al poseedor sus expensas.

(1) L. 25 y 39 tit. 28 Part. 3.
(2) L. 25 citada.
(3) D. l. 39: l. 4 tit. 14 Part. 6: Castillo, lib. 6 c. 135 ex num. 49 ad 58.

El poseedor de mala fé debe entregarlos todos al dueño de la cosa, naturales é industriales, existentes y consumidos, ó el precio de ellos, pagándole antes las expensas (1).

El poseedor es de buena fé cuando posee como dueño en virtud de un título traslativo de dominio cuyos vicios ignoraba.

Cesa de serlo desde el momento en que conoció estos vicios; que cuanto á restitucion de frutos no se presume este conocimiento hasta la litiscontestacion ó sentencia, segun las circunstancias, á menos que se pruebe de anterior (2).

Posesionado uno de la cosa litigiosa por efecto de la primera sentencia, si ésta se revocase en segunda ú otra instancia, tendrá que pagar los frutos que percibió por la primera, porque ninguna sentencia produce título mientras que no pasa en juzgado; al revés, sigue el juicio hasta la última.

Si la sentencia por efecto de la cual se

---

(1) A la cita anterior.
(2) L. 4 tit. 14 Part. 6.

ha posesionado, fue en juicio posesorio, y aunque pasó en autoridad de cosa juzgada, se revocó en el de propiedad, se duda desde cuando se deben restituir los frutos. Esta cuestion se halla muy oscura en cuantos la han tratado; y tengo por razonable que no se restituyan por el poseedor sino desde la contestacion real ó legal de la demanda en propiedad, á menos que conste su anterior mala fé (1).

El poseedor de mala fé debe restituir, no solo los frutos que ha percibido, mas tambien todos los que ha debido percibir. Al contrario, el de buena fé satisface con los percibidos, y no es responsable de los que por su descuido, negligencia ó pereza dejó de percibir, ó de producir la cosa (2).

Lo dicho, y mas que se dirá del poseedor de mala fé, no es aplicable al ladron, ni al raptor, quienes, como invasores, deben restituir los frutos enteros, sin reembolsar ni aun los gastos necesarios de cosecha (3).

---

(1) Castillo, lib. 6 cap. 135 ex num. 58.
(2) L. 40 tit. 28 Part. 3, y 4 tit. 14 Part. 6.
(3) L. *Si quis servum*. §. *Si olivam*. Dig. ad leg. aquil.

CAPÍTULO II.

Del derecho de accesion sobre lo que se une é incorpora á la cosa.

Todo lo que se une é incorpora á la cosa pertenece á su dueño, siguiendo las reglas que se van á expresar.

SECCION I.

Del derecho de accesion relativamente á cosas inmuebles.

La propiedad del suelo lleva consigo la propiedad de lo de encima y de lo de debajo de su superficie.

El propietario ó dueño de un terreno puede hacer encima cuantas plantaciones y construcciones quiera, salvas las excepciones que se expresarán en el tratado de servidumbres.

Puede hacer debajo todas las construcciones y excavaciones que quiera, salvas las modificaciones establecidas en los reglamentos de minas y policía.

Toda construccion, plantacion y obra exterior ó interior de un terreno se pre-

sumen de su dueño, y hechas á sus expensas, no probándose lo contrario (1).

El que con mala ó buena fé metiere en su casa ú otra obra ladrillos, pilares ó maderas agenas, gana su señorío; pero debe dar el valor doble á su dueño.

El que plante árboles ó majuelos en heredad agena con mala fé, pierde el señorío de ellos luego que arraiguen, crezcan ó se crien.

Lo mismo se entiende del que en su heredad plantase árboles ó sarmientos agenos con buena ó mala fé; pero será obligado á dar su estimacion al dueño de ellos.

Si el árbol plantado en la heredad propia extendiese sus principales raices á la inmediata, el dueño de ésta gana el señorío del árbol: mas si las raices estuviesen en ambas heredades, será el árbol comun á los dueños de ellas (2).

El que con mala fé labrase edificio, ó sembrase en heredad agena, debe perder cuanto labró ó sembró en ella, sin cobrar otros gastos que los hechos por razon de

---

(1) L. 1 y 45 tit. 28 Part. 3.

(2) L. 38 y 43 tit. 28 Part. 3.

frutos cuando haya de restituirlos, ó la estimacion de ellos (1).

Al que con buena fé compre ó adquiera heredad agena, y despues haga de nuevo alguna cosa en ella, como torre, casa ú otro edificio, ó plante árboles, majuelos ó cosa tal; si le venciere luego en juicio el verdadero dueño, deberá este, antes de entregarse en la cosa, abonarle los gastos de lo nuevamente obrado en ella, con la rebaja del valor de los frutos percibidos. No lo haciendo así, puede retener la cosa el posecedor de buena fé mientras no se le pagan estos gastos, y aun despues de entregada los puede reclamar.

Si el verdadero dueño fuere tan pobre que no puede pagarle las nuevas obras, no será obligado á satisfacerlas; y el que las hizo, podrá sacarlas de la casa ó heredad, si puede ser sin daño ni perjuicio del primer estado de la cosa, y llevárselas para aprovecharse de ellas, salvo si el dueño quisiere darle el tanto de lo que podrian valerle llevándolas (2).

---

(1) L. 42 tit. 28 Part. 3.

(2) L. 41 tit. 28 Part. 3: Castillo, lib. 5. cap. 65 ex num. 71.

Si son evidentemente provechosas al dueño, y de tal naturaleza que no pueda llevárselas el poseedor de buena fé que las costeó, ¿deberá este perderlas porque aquel es muy pobre? La afirmativa es lo que en apariencia está prevenido por ley, y á ella se adhieren Peregrino y otros (1). No obstante, siendo un principio en nuestra legislacion y en todas, que ninguno debe enriquecerse en daño de tercero, entiendo que, restringiendo el derecho de propiedad en esta parte, es justo que de uno ó de otro modo se dé satisfaccion al que obró con utilidad y de buena fé; lo que tambien es conforme á lo prescrito en la ley cuyo extracto sigue.

"El que con buena ó mala fé hiciere en casa ó heredad agena algunas expensas nuevas necesarias para rehacerlas ó repararlas, las debe cobrar mientras fuere tenedor de ellas; y aunque sea vencido en juicio por su dueño, no ha de entregársela hasta que se las pague, descontando su valor de los frutos percibidos."

---

(1) Dicha ley: Peregr. *De fideicom.* art. 50. part. 2 ex num. 31 ad 38.

"El que con buena fé las hiciese provechosas á la casa ó heredad que asi tuviese, debe cobrarlas, aunque no sean necesarias."

"Si procedió de mala fé, y el dueño no quiere satisfacerlas, puede llevarse la labor que hizo."

"El que las hiciese solo para adorno de la heredad ó casa, como pinturas ó cosas semejantes, mas para deleite que para provecho, puede tomar y llevarse lo obrado con buena fé, si no es que su dueño quiera darle su valor; pero si procedió de mala fé, perderá cuanto hizo y obró, sin llevarse cosa alguna (1)."

Si las expensas necesarias y las útiles exceden los frutos, Peregrino y Castillo han opinado que el poseedor debe perder el exceso, á menos cuando la cosa es venal, ó cuando son expensas que el mismo dueño hubiera hecho (2). Esta opinion no me parece justa por las indicaciones hechas en la cuestion anterior. Ademas, la ley en que se funda, cuyo extracto pre-

(1) L. 44 tit. 28 Part. 3.

(2) Peregr. *De impens.* art. 50 p. 2 num. 30: Castillo, lib. 5 cap. 65 num. 65 y 78.

cede, no se opone ni puede á la razon. A cada paso se presentan terrenos eriales de poca ó ninguna produccion, convertidos en de primera clase á fuerza de industria, trabajo, y crecidos gastos. ¿Será justo que el poseedor de buena fe que los costeó, los pierda todos, porque segun su primitivo estado eran infructíferos? Este caso y otros semejantes no han sido previstos ni en dicha ley, ni en las referidas opiniones, pues á serlo, me persuado se le aplicaria el principio de que emanó la otra ley sobre la pintura hecha en tabla agena, de que se hará mérito muy luego; y asi como en este el dueño de la pintura gana el señorío de la tabla pagándola, tambien establecería que el poseedor de buena fe ganase el fundo, dando otro igual á su dueño, ó su primitivo valor.

"Todas las fortalezas que de aquí adelante se hicieren en las ciudades, villas y lugares y heredamientos de mayorazgo, y todas las cercas de las dichas ciudades, villas y lugares de mayorazgo, asi las que de allí adelante se hicieren de nuevo, como lo que se reparare ó mejorare en ellas, y asímismo los edificios que de aquí ade-

lante se hicieren en las casas de mayorazgo, labrando, ó reparando, ó reedificando en ellas, sean asi de mayorazgo como lo son ó fueron las ciudades, villas ó lugares, y heredamientos, y casas donde se labraren. Y mandamos que en todo ello succeda el que fuere llamado al mayorazgo con los vínculos y condiciones en el mayorazgo contenidas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion ó valor de los dichos edificios á las mugeres del que los hizo, ni á sus hijos, ni á sus herederos y succesores (1)."

¿Comprende esta ley las casas y edificios nuevos, independientes de todo otro antiguo, construidos en campo vírgen de mayorazgo? La opinion mas comun es de que no las comprende, y que si bien lo asi edificado cede á favor del succesor en el mayorazgo como dueño del suelo, tiene la obligacion de pagar á la muger, hijos y herederos su parte en el valor de lo asi edificado (2).

¿Comprenderá la casa erigida en el

(1) L. 46 de Toro.
(2) Castillo, lib. 5 cap. 65 ex num. 103.

sitio de otra enteramente destruida? Paz el mozo, Gutierrez y Barbosa han opinado que no, y que el succesor tiene igual obligacion de reembolsar á la muger, hijos y herederos del edificante. Se fundan, con los muchos que han abrazado su opinion, en que la ley copiada, si no injusta, como la apellidaron Palacios-Rubios, Gomez Arias y Diego de Paz, corrige al menos el derecho comun, y que atento no expresa los dos casos propuestos, no debe ampliarse á ellos (1).

Tampoco expresa las obras y mejoras hechas por un tercero poseedor de buena fe de heredad ó edificio vincular. ¿Y deberá éste perderlo todo con lo que gastó, ó tendrá en sus obras y mejoras derecho hipotecario por el costo, ó el de retencion, ó el de abrasion, esto es, de poder llevarse sus obras separándolas del fundo ó edificio, ó tendrá accion para que se le reembolsen sus expensas?

Esta cuestion se ha discutido en la audiencia de Sevilla; y la resolucion fue,

---

(1) Paz, q. 7 num. 21: Gutierr. *Practic.* lib. 3 q. 71 num. 11 al 13: Barbosa, in leg. *Divortio.* §. fin. 1 p. num. 122.

que el tercero poseedor edificante, por ningunas expensas tiene derecho hipotecario, ni el de retencion, ni el de abrasion, y que solo puede reclamar las expensas necesarias y las útiles ó provechosas contra el vendedor, ó locador, ó contra sus herederos; y subsidiariamente, resultando insolventes, puede reclamarlas contra el succesor en el vínculo ó mayorazgo (1).

Del mismo derecho goza el poseedor de mala fe que edificó ó mejoró las cosas de mayorazgo, segun la opinion mas fundada (2).

Por las propias razones, si un tercer poseedor de fundo vincular construyese en él edificio útil y productivo, ó si alguno prestase dinero para hacerle, el poseedor del mayorazgo, el succesor en él, está obligado á pagar, ó el dinero prestado, ó el valor de lo edificado, ó las expensas del tercero como si se invirtiesen en bienes libres (3).

Los acrecentamientos que se forman

---

(1) Castillo, lib. 5 cap. 65.

(2) Paz (senior), in cons. 3 ex num. 98 ad 103: Gutierr. *Pract.* l. 3 q. 69 ex num. 8 ad 15: Castillo ibi num. 103.

(3) Castillo, lib. 5 cap. 65 num. 104.

succesiva é imperceptiblemente en las orillas de los rios, ó arroyos, se llaman *aluvion* (1).

"Cuando los rios con sus crecientes quitaren poco á poco, de modo que no se advierta, algo de las heredades de una ribera, y lo aumentasen á las de la otra, lo adquieren los dueños de éstas."

"Si el rio llevase parte de una heredad con sus árboles, ó sin ellos, á otra, el dueño de ésta no gana su señorío, si no es que permanezcan tanto tiempo que se arraiguen los árboles, y en tal caso deberá dar al otro el menoscabo que aprecien peritos (2)."

"Si en medio del rio se formase alguna isla, debe partirse entre los dueños de las heredades sitas en la ribera de una parte y otra, con respecto al ancho de cada una que linde con él."

"Si toda la isla estuviese en la una parte de la mitad del rio, ha de dividirse entre los dueños de las heredades situadas en ella."

---

(1) §. 20 *Instit. de rer. divin.* : Wolf. *Jus Nat.* p. 2 §. 351.

(2) L. 26 tit. 28 Part. 3.

"Estando mas inclinada á una parte que á otra del medio del rio, ha de medirse la anchura de éste, á fin de partirla con respecto á lo dicho, tomando cada uno la parte que le toque segun las fronteras de su heredad (1)."

El que tiene en usufructo ó feudo la heredad confinante con el rio en que se formó isla, ningun derecho hace en ésta, que toda pertenece al propietario de la heredad, y solo tiene el usufructo de lo que se acreciente en ésta (2).

El dueño de la heredad no pierde su dominio porque la avenida del rio la haga isla (3).

La isla hecha en el mar es del primero que la poblare, obedeciendo al señor del territorio (4).

Si el rio mudase su curso formándose nueva madre, y dejando en seco la antigua, será ésta de los dueños de las heredades inmediatas, tomando cada uno tanta parte de ella cuanta sea la frontera de

---

(1) L. 27 tit. 28 Part. 3.
(2) L. 30 ibi.
(3) L. 28 ibi.
(4) L. 29 tit. 28 Part. 3.

su heredad; y los dueños de la por donde nuevamente corra, pierden su señorío, porque se hace de la misma naturaleza pública que tenia el lugar de su primer curso (1).

Las heredades cubiertas de aguas por avenidas de rios permanecen de sus dueños, y luego que se descubran, podrán usar de ellas como antes (2).

Las riberas y los árboles existentes en ellas son de los dueños de las heredades inmediatas, y pueden cortarlos y hacer de ellos lo que quisieren, salvos los reglamentos de navegacion (3).

El que tuviere árboles de fruto cuyas raices lo echen sobre heredad agena, podrá entrar en ésta á cogerlo por tres dias y no mas, aunque el dueño lo defienda; y lo mismo jurando que tiene dinero escondido en ella, ó habiendo comprado su fruto (4).

"El que cogiere bestias salvages, aves y pescados de mar y rio en heredad pro-

---

(1) L. 31 ibi.
(2) L. 32 ibi.
(3) L. 6 y 7 ibi.
(4) L. 18 tit. 28 Part. 3.

pia ó agena, los hace suyos; mas si el dueño le hubiese prohibido entrar á cazar en ella, será de éste cuanto aquel coja despues de la prohibicion (1)."

El dominio de las aves, bestias y pescados así adquirido, se pierde luego que salen del poder de su dueño, y si huyeren á tanta distancia que no las pueda ver, en cuyo caso se restituyen á su primitivo estado, y cualquiera las puede aprehender (2).

"Si persiguiendo cazadores al venado ya herido, viniesen otros y lo aprehendan, debe ser de éstos, por no estar aun en poder de aquellos; y lo mismo será si alguno prepara lazos, cepo, hoyos ú otro armadijo en que caiga, y lo aprehendiere otro (3)."

"Las abejas son especie de salvages; y así el dueño del árbol en que hicieren enjambre, no las hace suyas hasta que las encierre en colmenas ú otra cosa, ni tampoco los panales hasta que se los tome y lleve. En caso de venir alguno y lle-

---

(1) L. 17 ibi.
(2) L. 19 ibi.
(3) L. 21 tit. 28 Part. 3.

vársRelos, serán suyos, si no es que, estando él presente, se lo prohiba."

"Si el enjambre se fuese de las colmenas de modo que le pierda el dueño de vista, ó vaya tan distante que no le pueda aprehender ni seguir, pierde su dominio, y lo adquiere el primero que lo prenda y encierre (1)."

"El que domesticare y crie en sus casas pavones, gavilanes, palomas, gallinas de Indias, grullas, ánsares, faisanes y otras tales aves de naturaleza salvages, ó ciervos, gamos y bestias semejantes, mantiene su señorío mientras tengan costumbre de ir y volver á la casa ó lugar de su crianza; mas luego que dejan de hacerlo, se pierde, y lo adquiere el primero que los tome (2)."

"Los dueños de gallinas, capones y ánsares que nacen y se crian en las casas, y no son de naturaleza salvages, aunque se vuelen y vayan sin volver á ellas, no pierden su señorío, y así el que las prendiere con intencion de hacerlas suyas, puede ser demandado de hurto (3)."

---

(1) L. 22 ibi.
(2) L. 23 tit. 28 Part. 3.
(3) L. 24 ibi.

SECCION II.

Del derecho de accesion relativo á cosas muebles.

El derecho de accesion, cuando tiene por objeto cosas muebles pertenecientes á diferentes dueños, aunque en rigor debian ser comunes y cada uno dueño á prorata (1), como el ejercicio de derechos en comunidad esté muy expuesto á inconvenientes, no aviniéndose en la comunion, le han subordinado los legisladores á principios de equidad natural. Los extractos siguientes manifiestan la sabiduría de nuestras leyes en esta parte, y presentan ejemplos para resolver los casos que no expresan ó no han previsto.

"El que de buena fe, en concepto de dueño, hiciese vino ó aceite de uva ó aceituna agena, sacase trigo ó cebada de mies de otro, hiciese vasos ú otras piezas de metal ageno, lo hará suyo, si no puede volver á su primer estado, como el vi-

---

(1) Grotius, *de Jure Bell. et Publ.* lib. 2 c. 8 §. 19: Wolf. *Jus Nat.* p. 2 c. 2 §. 340 in annot.

no al de uvas, pagando al dueño su valor; pero si puede restituirse á su ser antiguo, como el vaso ó pieza de metal, que puede fundirse, permanece de su dueño. El que lo hubiese hecho de mala fe, perderá la obra, sin poder cobrar los gastos de ella."

"Si alguno con buena ó mala fe fundiese metal ageno, ó lo mezclase con el suyo, formando de él masa ó barras, sin voluntad de su dueño, éste no pierde su señorío."

"Conviniéndose algunos en fundir ó mezclar el metal que cada uno tuviese, será comun á todos el resultado, y cada cual tendrá el señorío de lo que juntó con el de los otros."

"Lo mismo se entiende de las cosas que se mezclan y se pueden contar, pesar ó medir, y de las que se mezclan por ocasion sin voluntad de sus dueños, siendo tales que no puedan separarse."

"El que con buena ó mala fe juntase al vaso suyo el pie de otro ageno, ó brazo ó miembro de imagen suya á la agena, sea de oro ó de plata, siendo la soldadura de plomo, no adquiere su señorío; mas

si fuese del mismo metal que el vaso ó imagen, y obró de buena fe en concepto de ser suyo, lo gana, pagando el valor al otro."

"En caso de juntar con mala fe á vaso ageno el pie suyo, perderá el señorío de éste, sea de plomo ó metal la soldadura, por entenderse que quiso dárselo al otro."

"Pero si lo hizo de buena fe pensando ser el vaso suyo, el dueño de éste no gana el señorío, y ha de dar el valor del pie, si quisiere que permanezca en su vaso, y no queriendo retenerlo, debe volverlo á su dueño."

"Lo que se escriba en pergamino ageno cede al dueño de éste, si se hace de buena fe pensando el escritor ser suyo, ó poder escribir en él, y su dueño ha de pagarle la escritura por aprecio de perítos; mas si obrase de mala fe, sabiendo ser ageno, debe perderlo."

"El que pinte imagen ú otra cosa en tabla ó viga agena con buena fe, pensando ser ésta suya y poder hacerlo, gana el señorío de ella, pero debe dar su valor al dueño; y si obró de mala fe, sabiendo

ser agena, perderá la pintura, por entenderse que quiso darla al dueño de la tabla. Lo mismo se entiende del que dibuje ó entalle para sí en piedra ó madera agena (1)."

TITULO III.

Del usufructo, del uso, y de la habitacion.

CAPÍTULO I.

Del usufructo.

Usufructo es el derecho de usar y gozar de las cosas agenas, con la carga de conservar su sustancia.

El usufructo se establece, ó por la ley, ó por la voluntad del hombre.

Puede establecerse ó puramente, ó por tiempo, ó con condicion.

---

(1) L. 33 á la 38 tit. 28 Part. 3.

Puede establecerse sobre toda especie de bienes muebles ó inmuebles (1).

Seccion I.

De los derechos del usufructuario.

El usufructuario tiene derecho á gozar de todos los frutos naturales, industriales y civiles de la cosa cuyo usufructo le pertenece.

Son frutos *naturales* los que produce espontaneamente la tierra:

Industriales los que no produce sin cultura:

Civiles son los introducidos por las necesidades y conveniencias del comercio humano, con aprobacion ó tolerancia de las leyes. A esta clase pertenecen los réditos, pensiones, alquileres, las rentas por tierras, viñas y olivares, los censos, juros, oficios, los derechos de caza y pesca, los de señorío, los de patronato, y los de protocolo, archivo y laudemio (2).

(1) L. 20 tit. 31 Part. 3: Castillo, *Quotid. controv.* l. 1 c. 4 nums. 1, 6 et 7, c. 10 num. 1, et 61 num. 1: Febr. 2 p. l. 1 c. 7 §. 1 num. 6.

(2) L. 28 y sig. tit. 11 Part. 4: Castillo, lib. 1 c. 36: Febrer. 2 p. lib. y c. 1 §. 1 num. 22.

Los frutos naturales é industriales pendientes en el momento en que comenzó el usufructo, pertenecen al usufructuario.

Los que se hallen en el mismo estado cuando el usufructo cese, pertenecen al propietario, sin recompensa del uno ni del otro por labores, semillas, ni otra cosa; pero sin perjuicio de la parte debida al colono, si lo habia al comenzar ó acabarse el usufructo (1).

Se entienden percibidos, y no pendientes, los frutos para estos efectos, desde que por hecho humano se separaron de la cosa que los produjo, aunque no están recogidos. Siendo la separacion por casualidad, son pendientes mientras no se recogen (2).

Esta regla no es aplicable á los frutos naturales ó industriales, capitales ó gananciales de la sociedad conyugal, como se dirá en su lugar.

---

(1) L. *Si pendentes* 34 Dig. *De usufr.* l. *In singulos* Dig. *De annuis legatis*: Castillo, lib. 1 cap. 42 num. 15, et c. 77 nums. 1 et 2: Gomez, in leg. 40 *Tauri* num. 74: Febrer. lib. 1 c. 7 §. 2 nums. 36 y 37.

(2) Castillo, lib. 1 c. 77 nums. 10, 11 et 13.

Tampoco lo es á los de vínculo ó mayorazgo, cuya pertenencia es como sigue.

Si el fundador del mayorazgo ninguna disposicion hizo cuanto á los frutos pendientes, no dejando muger, hijos, ni herederos legítimos ni extraños, son todos del primer llamado, sin obligacion de dejar otros tantos al succesor, ni de agregar su importe al vínculo ó mayorazgo.

Si los mandó agregar, ó dispuso de ellos en otros términos, se observará su voluntad.

No dejando muger, pero sí hijos herederos suyos, habiendo mejorado con gravamen vincular á uno de ellos en el tercio y quinto en bienes determinados, cuya propiedad completa la mejora, el valor de los frutos pendientes en estos bienes á la muerte del fundador es herencia libre partible entre todos sus hijos. El valor que aumenten hasta su recoleccion es del mejorado; y los gastos de cosecha, de todos los partícipes, en proporcion á la parte que cada uno debe haber en los frutos.

Muriendo el mejorado antes de la recoleccion, dejando hijos, entrarán estos á

la particion de frutos con sus tios, llevando los pertenecientes á su padre con sus cargas, y el inmediato succesor, como tal, percibirá para sí solo el valor de lo que aumentaren desde la muerte del padre.

Si el fundador que no deja muger falleciere acabada la recoleccion, y las tierras quedasen barbechadas y sembradas, sin aparecer los frutos todavía, los recogidos son herencia libre partible entre todos sus hijos; y los que nazcan despues en las sembradas, son propios del succesor, con obligacion de satisfacer á la herencia libre lo que se aprecie por labores, semillas, abonos y demas anticipaciones.

Si el que muere no es el primer llamado á la succesion del vínculo ó mayorazgo, dejando frutos pendientes ó mostrados en las tierras, árboles ó ganados, sus herederos los han de percibir á prorata del tiempo que vivió en el último año, y fue dueño de los bienes vinculados.

Este año no es civil, que empieza con enero, y concluye con el mes de diciembre, sino natural, que es desde la cosecha de cada fruto segun el tiempo en que se coge en cada pais.

Por las mismas reglas deben partirse los frutos de tierras cultivadas por colonos parciarios ó arrendatarios, no contando los años desde las contratas, sino desde las respectivas cosechas de cada uno; en cuyos casos ninguna paga hay que hacer de anticipaciones y labores á los herederos del último poseedor, porque no las hizo éste, sino el colono.

Siendo frutos civiles los quedados del último poseedor, pertenecen á sus herederos los vencidos hasta la hora de su muerte, prorateándolos por distribucion en los meses y dias del año, contado desde el en que cumplió el último alquiler ó plazo, y no por el año civil, ni por el natural de frutos ordinarios (1).

La referida regla sobre los frutos naturales é industriales pendientes que pertenecen ó al usufructuario, ó al propietario, es aplicable á los bienes patrimoniales ó cuasi patrimoniales de clérigos; pero

(1) Febrero 2 p. lib. 1 cap. 5 §. 4; y sus opiniones han sido tambien las de Covarrubias, Avendaño, Palacios-Rubios, Gregorio Lopez, Ayora, Molina, Gutierrez, Sarmiento, Castillo, y otros.

no lo es á los beneficiales, ó adquiridos por razon de prebenda, obispado, beneficio curado ó simple, ú otra dignidad eclesiástica.

Sobre la pertenencia de estos frutos pendientes hubo dos opiniones: una de que todos pertenecen á la iglesia, ó succesor en el beneficio, suponiendo á los beneficiados meros usufructuarios, segun la cual podia suceder que uno sirviera un beneficio cinco ó seis meses sin retribucion, si fallecia; y la otra opinion, admitida como mas conforme á equidad, es de que dichos frutos deben dividirse entre la iglesia ó succesor en el beneficio, y los herederos del último beneficiado, á prorata del tiempo que sirvió el beneficio en el último año (1). No obstante, en cada diócesis se observa lo que sus sinodales y la costumbre han establecido en el particular.

Cuanto á las pensiones sobre beneficio ó dignidad eclesiástica, deben pagarse tam-

(1) Castillo, lib. 1 cap. 79, con Covarrubias, Molina, Sarmiento, Gutierrez y otros; Febrero 2 p. lib. 1 cap. 5 §. 3.

bien á los herederos del pensionista las vencidas hasta su fallecimiento; bien que en esto se observa tambien lo establecido por costumbre (1).

Los frutos civiles se adquieren dia por dia; y pertenecen al usufructuario á proporcion de la duracion de su usufructo (2). Esta regla es aplicable á las huertas y pastos (3).

Las rentas en granos ú otro fruto, ó en dinero por fundos arrendados ó dados á parcería por su usufructuario, siguen la regla expresada, como si él los cultivase por sí mismo. Asi que, cesando el usufructo cuando el colono tiene hecha la cosecha, la renta pertenece al usufructuario; y no estando hecha, pertenece al propietario. Si en parte está hecha y en parte no, se dividirá la renta entre uno y otro en proporcion á los frutos separados y no separados del fundo ó cosa que los produjo (4).

El usufructo comprende tambien las cosas que no pueden usarse sin consumir-

---

(1) Castillo y Febrero ubi supra.
(2) Id. lib. 1 cap. 78.
(3) Id. ibi, cap. 77 num. 25.
(4) Id. lib. 1 cap. 77 num. 20 al 23.

las, como dinero, granos y licores. El usufructuario tiene el derecho de servirse de ellas; pero con la carga de devolver otras de igual cantidad y cualidad, ó su estimacion al fin del usufructo (1).

El usufructo de una renta da al usufructuario el derecho de percibirla durante su usufructo, sin obligacion de restituirla (2).

El usufructuario de un estanque de pesca puede pescar y matar los peces que quiera, dejando igual número al fin del usufructo que el que tenia cuando comenzó. Esta regla es aplicable á los palomares, conejares, &c. (3).

El usufructuario de un señorío podia percibir las penas y condenas inherentes á él, y renovar las investiduras (4).

Si el derecho de presentar para beneficio está anexo á ciertos bienes, el usufructuario de ellos es quien debe presentar en la vacante que suceda. Asi pertenece

---

(1) Castillo, ibi, cap. 16 num. 7 y 26; y cap. 14 num. 2.

(2) Id. lib. 1 cap. 36 num. 29 al 34.

(3) Id. ibi, num. 26 al 28.

(4) Id. lib. 1 cap. 36 num. 29 ad 35.

al marido la presentacion para los beneficios cuyo patronato está anexo á los bienes dotales de su muger; y la propia regla es aplicable á otro cualquiera oficio público (1).

Los patronatos no anexos á bienes, no pueden enagenarse sin licencia del obispo (2).

El usufructuario de un archivo ó protocolo tiene derecho á sus emolumentos durante el usufructo.

El laudemio de la cosa enfitéutica que se vende, pertenece al usufructuario (3).

El usufructo puede ser tambien de cosas que, aunque no se consumen al momento con su uso, como granos y licores, éste no obstante las deteriora poco á poco, segun sucede con una yegua, una vaca, una oveja. El usufructuario de estos animales en singular hace suyas las crias y demas producciones, y puede servirse de ellos para el uso á que estan destinados, sin mas obligacion que la de devol-

---

(1) Castillo, lib. 1 cap. 36 num. 29 ad 35.
(2) L. 8 tit. 15 Part. 1.
(3) Castillo, ibi, et num. 45 ad 50.

verlos al fin del usufructo en el estado en que se hallen no deteriorados por dolo ni por falta suya (1). Lo propio se entiende con las ropas dadas en usufructo.

No siendo singular el usufructo sino de un hato, ó de una yeguada, aunque las crias son igualmente del usufructuario, tiene la obligacion de reponer con ellas las faltas que acaezcan en los términos que siguen.

Habiendo crias, deben subrogarse tantas cabezas cuantas perecieron ó se inutilizaron con culpa ó sin culpa del usufructuario. Las subrogadas, si perecen ó se inutilizan, es en menoscabo del propietario solo.

No habiendo crias, cumple el usufructuario con devolver el hato ó yeguada en el estado que tuviere al fin del usufructo.

Si las hubo, y no existen porque las gastó, ó perecieron, ó se inutilizaron por su falta, tendrá que pagar otras equivalentes para la subrogacion.

---

(1) L. *Quid ergo* 70 Dig. *De usufructu*, lib. 7 tit. 2: Castillo, lib. 1 cap. 27 num. 10.

Disminuyéndose tanto inculpablemente que el hato y la yeguada no deban considerarse tales en la acepcion del pais, se extingue su usufructo, y las cabezas restantes pasan en pleno dominio á su propietario (1).

Si el usufructo es de bosque ó matorral, el usufructuario puede tomar de él los productos anuales ó periódicos segun el uso del pais, y la costumbre de los propietarios.

Puede tambien hacer las podas, rozas, cortes y talas de costumbre, observando el orden y cantidad conforme á la economía y uso constante de los propietarios.

Si el destino de los árboles no es el de ser cortados por el pie, no debe cortarlos el usufructuario, á menos que sea para mejorar el fundo, ó sin dañarle, ó plantando otros nuevos que durante el usufructo equivalgan en estimacion á los cortados.

Para las reparaciones de su cargo debe emplear los árboles arrancados ó in-

---

(1) Castillo lib. 1 cap. 27 num. 11 ad 18.

utilizados por accidente; y no los teniendo, puede cortar por el pie los necesarios á este objeto, con la carga de probar la necesidad.

Los árboles caducos y los arrancados ó inutilizados por accidente son del usufructuario, con la carga de subrogar otros tantos. Esta regla es aplicable tambien á los que van á entrar en caducidad, si su destino es para materiales de artefactos. Si no plantase otros tantos, pertenecen todos al propietario (1).

El usufructuario goza tambien, y de la misma manera que el propietario, de las minas y canteras que se benefician á la apertura del usufructo.

Descubriéndose despues de su apertura, es opinion comun que puede igualmente beneficiarlas el usufructuario, si con ello mejora el fundo, y que si le deteriora, es responsable á sus daños, y debe restituir lo extraido. Lo propio se estima, si no se beneficiaban á la apertura del usufructo (2).

---

(1) L. 27 tit. 11 Part. 4: Castillo, lib. 1. c. 25.

(2) Castillo, ibi, cap. 37 num. 6. ad 19.

El tesoro hallado en el fundo dado en usufructo no pertenece al usufructuario (1).

El usufructuario puede gozar por sí mismo, arrendar, hipotecar y vender; pero no puede ceder ó donar su usufructo sino al propietario. Asi se estableció en las dos leyes de Partida á que me refiero; mas, así como Castillo, no hallo razon que justifique esta prohibicion de donar el usufructo (2).

A la apertura del usufructo puede el usufructuario expeler los colonos anteriores en los casos que las leyes lo permiten, y no habiendo pacto que lo impida; pero si despues de la apertura los dejó continuar algun tiempo, se entiende renovado el arrendamiento, y no los puede expeler sino pasado otro año.

Vendiendo ó arrendando el usufructuario, ó el que solo tiene uso ó habitacion, no goza el propietario del derecho de tanteo ó retracto; y recíprocamente tampoco le goza el usufructuario, si enagena el propietario.

---

(1) Castillo, lib. 1 cap. 37 nums. 20 et 21.

(2) L. 24 y 27 tit. 31 Part. 3: Castillo, lib. 1 cap. 72, 73 et 74.

Siendo el usufructo, uso ó habitacion comun á algunos, cualquiera de ellos puede retraer la parte vendida por uno de los partícipes dentro de los nueve dias (1).

El usufructuario goza de todas las servidumbres de que podria aprovecharse el propietario.

El propietario no puede poner trabas á los derechos del usufructuario, ni impedirle el que adorne ó mejore la cosa que usufructúa con obras, y aun edificios necesarios ó útiles al propietario, si no alteran su sustancia y destino, si renuncia al derecho de indemnizacion, y si no son de tal clase que el propietario no pueda sostenerlas. No siendo así, se lo podrá impedir, á menos que sean obras que el propietario está obligado y no quiere hacer, precediendo licencia ó mandato del juez.

El usufructuario por su parte no puede poner trabas al propietario en el ejercicio de sus derechos.

El usufructuario debe cobrar lo que ha invertido en obras y reparos del cargo

---

(1) Castillo, lib. 1 cap. 72, 73 et 74.

del propietario, si eran necesarias ó provechosas á éste, si no se las ha impedido por motivo justo, y no ha renunciado su reclamacion expresa ó presuntivamente. Ya quedan advertidas las dudas que ocurren sobre si esta regla es ó no aplicable á bienes de mayorazgo, á los eclesiásticos, y otros cuyos poseedores no son propietarios con plenitud de derechos.

Si el usufructuario obró autorizado por el propietario ó por el juez, debe cobrar todo el costo de las obras; pero si ni una ni otra autorizacion ha precedido, se regulan las obras por el valor que tengan al tiempo de su entrega al propietario.

Por las obras y expensas necesarias tiene el derecho de retener la cosa, mientras no se le satisfacen.

Por las obras y expensas de recreo ó voluptuosas no tiene derecho á paga, y sí solo el de abrasion, con la carga de reponer la cosa en su primitido estado, si el propietario se resiste á satisfacerlas (1).

Si por una parte hay desmejoras, cu-

(1) L. 44 tit. 28 Part. 3: l. 46 de Toro: Castillo, lib. 1 cap. 33 y 34, y cap. 35 nums. 1 et 2.

ya paga reclama el propietario ó succesor, y por otra mejoras, la equidad dicta que se compensen, aunque los bienes sean eclesiásticos ó de mayorazgo, y aun que se cobre el valor excedente de las mejoras (1), si el succesor lo es al propio tiempo en bienes libres del usufructuario. No concurriendo esta circunstancia, el valor excedente de las mejoras nunca se paga por el succesor, por no ser éste dueño con dominio pleno de los bienes eclesiásticos ó de mayorazgo en que succede.

Si el usufructo es de un edificio comenzado y no concluido, no comienza aquel hasta su conclusion, que debe verificarse al tiempo marcado, ó al que el juez determine (2).

Se tiene por mejora de un terreno el valor en que aumenta por su cerramiento, por sus desagües, por hacerle de regadío, por su rompimiento y cultura, por los abonos, mezclas de tierras y otras sustancias, y por todo lo que aumenta su

(1) Constitucion de Clemente XIII dirigida al reverendo obispo de Lugo: Castillo, lib. 5 cap. 65.

(2) Castillo, lib. 1 cap. 33 num. 19.

produccion y estimacion con respecto al tiempo en que se entregó en usufructo, y segun las circunstancias del propietario.

Se tiene por desmejora lo que ha disminuido en produccion, ó estimacion, por no mantenerle el usufructuario en el estado de cultura existente á la apertura del usufructo, por no hacer las reparaciones á que estaba obligado, por no denunciar las que debia al propietario, ó por haberse excedido cortando árboles que no le pertenecian, ó cayendo en otras culpas ó negligencias.

Cuanto á edificios, se reputa mejora lo que por reparaciones y obras del usufructuario aumentan en estimacion para el propietario, sea para habitarlos, ó para alquilarlos ó venderlos segun su destino y circunstancias, habida consideracion á su estado en la apertura del usufructo.

Se reputa desmejora lo que han disminuido en estimacion para habitarse, alquilarse ó venderse por negligencia ú otra culpa del usufructuario.

Seccion II.

De las obligaciones del usufructuario.

El usufructuario toma las cosas en el estado que tienen; pero no debe entrar en su goce sin inventariarse los muebles, y tomarse estado de los inmuebles sujetos al usufructo, con presencia ó citacion del propietario (1).

No habiendo propietario á quien llamar, como sucede en la cesacion y apertura del usufructo de bienes eclesiásticos y de mayorazgo, el usufructuario entrante debe citar para el inventario y estado á los herederos del cesante, y por su falta ó ausencia, al defensor, de que debe proveerse su herencia; y por su parte los herederos, ó el defensor, cuando los bienes por vacante ú otro motivo se ponen en tenuta, administracion, ó arriendo, pueden pedir el inventario y estado, que se ejecutan por comisionado elegido por el juez competente y perítos, para cuyo

(1) Castillo, lib. 1 cap. 14 num. 4, y cap. 15 num. 16 ad 22.

nombramiento y demas actos debe llamarse al succesor presunto, si lo hay, y si no, al administrador, al arrendatario, ó á otro encargado de su custodia.

El objeto del inventario y estado es fijar la responsabilidad del usufructuario, y los derechos del propietario.

Debe tambien el usufructuario dar fianza ó prenda de usar á arbitrio de buen varon como buen padre de familias, á menos que esté dispensado de afianzar por ley, ó por acto válido constitutivo del usufructo.

La obligacion de inventario, estado y fianza, ó prenda usufructuaria, no comprende al padre usufructuario de los bienes de los hijos que tiene bajo su patria potestad, ni al marido cuasi-dueño de los bienes dotales de su muger, ni á los poseedores pacíficos de bienes eclesiásticos y de mayorazgo, sino en el caso de grave abuso probado (1).

El propietario puede remitir así el inventario, como el estado, y la fianza ó

(1) L. 29 tit. 11 Part. 4: Molina, lib. 1 capit. 16: Castillo, lib. 1 cap. 3 num. 85 ad 106, et lib. 8 cap. 43 nums. 20 ad 40.

prenda. La remision de parte del que constituyó el usufructo no es bastante, sino cuando el derecho de propiedad se circunscribió á lo que dejase el usufructuario (1).

Si el usufructuario requerido, ni afianza, ni da prenda, los inmuebles se arriendan ó administran del modo mas ventajoso segun la circunstancias de personas y lugares, á juicio prudente del juez, y el producto líquido se entrega al usufructuario.

Siendo muebles que se consumen con el uso, se venden, y puesto su precio á ganancia ó réditos, se entregan estos al usufructuario.

El requerimiento de fianza ó prenda puede hacerse á peticion del propietario. ó de oficio, si la cualidad del caso lo permite.

El retardo del usufructuario en afianzar ó dar prenda, no le priva de sus derechos á los frutos, los cuales le pertenecen desde la apertura del usufructo.

---

(1) L. 1 Cod. *De usufructu:* l. penult. Cod. *Ut in possesion. legator.* : l. *Si pecunia:* Dig. eod. tit.: Castillo, lib. 1 cap. 15.

(2) Castillo. lib. 1 cap. 16 num. 4, et 6: cap. 17 num. 15; et cap. 18 num. 14 ad 21.

El usufructuario no está obligado mas que á las reparaciones moderadas de sosten.

Siendo grandes las reparaciones, y de necesidad ó utilidad para la cosa fructuaria, ó para su propietario, son del cargo de éste, y á peticion del usufructuario se le puede compeler á que haga las necesarias.

Haciéndolas el usufructuario sin requerir ni denunciar al propietario, tiene derecho á que éste le pague el valor que para él, ó su cosa tenga lo reparado, sea de necesidad, ó solo de utilidad.

Cuáles sean reparaciones moderadas, y cuáles grandes, se decidirá por el prudente juicio del juez.

Las obras cuyo objeto sea la mejor percepcion y beneficio de frutos, son del usufructuario, y el propietario no tendrá que pagar sino el valor de lo que quede útil para él.

Ni el usufructuario ni el propietario están obligados á reedificar lo que se inutilizó por vejez ó caso fortuito.

Asi el usufructuario como el propietario que no cumplen con las reparacio-

nes de su respectivo cargo, son responsables á daños (1).

El usufructuario, durante su goce, está obligado á todas las cargas anuales de la cosa que usufructúa, tales como contribuciones y pensiones reputadas cargas de frutos, á menos que el testador instituyente dispusiese otra cosa.

Las cargas que puede tener sobre sí la propiedad, son del propietario; y si el usufructuario las adelanta, puede repetir su capital.

Los legados hechos por un testador de renta temporal ó pension alimenticia, deben pagarse por el legatario universal del usufructo en su totalidad, sin derecho á repeticion. Los demas legados están al cargo del propietario: disminuyen la herencia, y por consiguiente el usufructo (2).

El usufructuario no está obligado á pagar ninguna deuda del testador, que todas son del cargo del propietario. Este puede vender de los bienes sujetos al usu-

---

(1) Castillo, lib. 1 cap. 56.
(2) Idem, ibi cap. 58.

fructo los necesarios para pagarlas, con lo que se disminuyen las utilidades del usufructuario; y si las paga de otro modo, debe éste tomar de menos sus intereses (1).

Los pleitos concernientes al usufructo, sus gastos, y condenas que pueden seguirse, son del cargo del usufructuario.

Los concernientes á la propiedad, siendo de alguna consideracion, son del propietario, y es obligacion del usufructuario denunciarle todo atentado contra ella, si no era sabedor. Los de poca consideracion son del usufructuario.

Esta regla no es aplicable al padre administrador y usufructuario de los bienes adventicios de un hijo constituido bajo su patria potestad, quien, sin repeticion, tiene que seguir los derechos todos del hijo, aunque sean sobre la propiedad de sus bienes. Esta regla está sujeta á dos excepciones:

1.ª Si la promocion de derechos ha sido para utilidad ó mejora perpétua de los bienes:

---

(1) Castillo, lib. 1 cap. 59.

2.ª Si el valor de todos los frutos liquidos percibidos por el padre de los bienes del hijo, deduciendo los alimentos de este y demas cargas, no equivalen á lo que gastó. En el primer caso tiene derecho al todo: y en el segundo, al excedente del valor de frutos, cuando su usufructo finalice (1).

Los gastos hechos en pleitos por los poseedores de bienes eclesiásticos ó de mayorazgo, para defenderlos, ó vindicarlos, están sometidos á lo dicho cuanto á sus mejoras y desmejoras. Repitiéndose éstas, la equidad dicta que se compensen los gastos de los pleitos en cuanto refluyen en provecho del succesor, sin cobrar él excedente.

Todos los gastos que el marido hiciese en defender ó vindicar los bienes y otros derechos de su muger, son al cargo de ésta, y disminuyen su capital, como las mejoras necesarias ó útiles, que no son de simple sosten ó conservacion: las reparaciones de simple sosten, y las obras de recreo ó voluntarias, no puede repe-

(1) Castillo, lib. 1 cap. 55.

tirlas el marido; bien que estas últimas puede llevárselas él ó sus herederos, si no se le pagan, restableciendo los lugares en su primitivo estado (1).

La responsabilidad del usufructuario se extiende á resarcir al propietario, no solo por degradaciones cometidas por él mismo, sino tambien por las que sobreviniesen por su culpa levísima (2).

SECCION III.

Del fin del usufructo.

El usufructo finaliza por la muerte natural del usufructuario, y no por la del propietario.

El usufructo instituido en favor de república, ciudad, iglesia, colegio ú otra corporacion, no siendo añal, se extingue por el trascurso de cien años; siendo añal, es perpétuo; pero en ambos casos finalizará antes por la extincion de la república, ciudad, iglesia, colegio ó corporacion; y si es pueblo, tambien por ar-

(1) L. fin. tit. 11 Part. 4: Febrer. p. 2 lib. 1 cap. 4 §. 3 nums. 76 y 77.

(2) Castillo, lib. 1 cap. 20 num. 17.

ruinarse, como Sagunto y Numancia. Si todos ó parte de sus moradores pueblan otro lugar, les queda el usufructo.

Legado ó donado el usufructo para uno y su heredero ó herederos, muerto el primer heredero, concluye el usufructo (1).

Finaliza tambien por la muerte civil del usufructuario. Se entiende muerto civilmente cualquiera individuo de ambos sexos que profesa en religion: el que es condenado á pena perpétua, por la cual pierde libertad, ciudad y familia; y el desterrado para siempre (2).

Asimismo finaliza el usufructo por no usar de él diez años entre presentes, y veinte entre ausentes (3), salvas las excepciones que se expresarán en el tratado de prescripciones.

Tambien finaliza cediendo ó donando el usufructuario su usufructo á un tercero, en cuyo caso cedente y cesionario

(1) L. 25 y 26 tit. 31 Part. 3: Castillo, lib. 1 cap. 61.

(2) L. 24 tit. 31 Part. 3: 17 y 18 tit. 1 Partida 6: 17 tit. 20 lib. 10 Recop. novis.: Castillo, lib. 1 cap. 65 num. 2 y cap. 66.

(3) D. l. 24 tit. 31 Part. 3.

pierden el usufructo, y se incorpora á la propiedad.

Consistiendo en un animal, casa ú otro edificio, finaliza con su muerte ó ruina del todo por ancianidad, terremoto, ú otro caso fortuito. Siendo la ruina de edificio, no puede reedificarle el usufructuario sin permiso del propietario.

No se arruinando el edificio del todo, ó consistiendo el usufructo en una isla, si no se sumerge toda, permanece el usufructo en la parte restante.

Lo dicho solo es aplicable al usufructo particular, pues en el universal de una herencia, aunque se arruine todo el edificio que es parte de ella, queda el usufructo del suelo y demas efectos productivos.

Lo mismo sucede con el usufructo de un fundo, en que se contiene y comprende edificio, pues aunque éste se arruine, subsiste el usufructo del fundo.

Reedificándose el edificio arruinado, se restablecen todas las servidumbres activas y pasivas del antiguo; mas no el usufructo.

Si el propietario adquiere el usufruc-

to, ó el usufructuario la propiedad, se consolidan, y aquel cesa (1).

El usufructo puede cesar tambien por resultas de abusos del usufructuario, sea degradando el fondo ó sustancia de la cosa que usufructúa, ó dejándola perecer por faltar al sostenimiento á que está obligado. El juez en este caso, atendiendo á la gravedad de las circunstancias, puede, ó declarar la extincion absoluta del usufructo, ó entregar la cosa fructuaria al propietario ú otro tercero, con la carga de contribuir al usufructuario con lo que sea justo, y se determine, sea anualmente, ó como mejor convenga (2).

El usufructo establecido hasta que un tercero cumpla cierta edad determinada, dura hasta esta época, aunque el tercero muriese antes de cumplirla (3).

No vale la renuncia del usufructo en fraude de acreedores.

---

(1) L. 24 y 25 tit. 31 Part. 3: Castillo, lib. 1 cap. 69, 71 nums. 5 et 6, et cap. 72 nums. 2, 11, 12, 15 et 24.

(2) Castillo, lib. 1 cap. 21.

(3) Idem, lib. 8 cap. 41.

Los acreedores del usufructuario pueden intervenir en las contestaciones para la conservacion de los derechos de su deudor: pueden ofrecer la reparacion de las degradaciones que cometiere; y garantir el por venir (1).

En el título de las donaciones, y en el capítulo de las disposiciones testamentarias, se tratará del usufructo bajo condiciones y causas.

No perjudica al usufructuario la sentencia que sin su citacion se pronuncie contra el propietario, ni á éste la que sin la suya se pronuncie contra el usufructuario (2).

Sobre la cosa sujeta á usufructo, ni el usufructuario puede imponer servidumbre en daño del propietario, ni éste en daño de aquel, pero podrán ganarla (3).

La venta ú otra enagenacion de la cosa sujeta á usufructo, ningun cambio ni mutacion hace en el derecho del usufructuario: continúa en su go-

(1) L. 7 y 12 tít. 16 Part. 7.
(2) Castillo, lib. 1 cap. 34 num. 6.
(3) Idem, lib. 1 cap. 35 nums. 1 et 2.

ce si no le renunció ó perdió (1).

Si bien el propietario puede enagenar su propiedad en general, esta regla padece excepciones, y una de ellas es que el hijo de familias propietario de bienes que administra y usufructúa su padre, no puede enagenarlos sin su consentimiento (2).

CAPÍTULO II.

Del uso, y de la habitacion.

Se llama *uso* en nuestra jurisprudencia el derecho de usar de heredad ó edificio ageno, salva su sustancia, para los menesteres del usuario y su familia.

Habitacion es el derecho de una persona á habitar con su familia en casa agena, y con facultad de alquilar ó ceder á otro su derecho, facultad que no tiene el usuario.

Los derechos del *uso* y de la *habitacion* se establecen y se pierden de la misma manera que los del usufructo, con la

---

(1) Castillo, ibi cap. 34 num. 1 ad 12.
(2) Idem, ibi num. 8.

diferencia que se advertirá cuanto al no perdimiento de la *habitacion* (1).

No puede gozarse de ellos sin fianza, sin estado, y sin inventario como en el usufructo.

El usuario y el habitador deben gozar como buenos padres de familias.

Los derechos de uno y otro se reglan por los títulos que los establecieron, y conforme á ellos recibirán mas ó menos extension.

Si el título no explica la extension de estos derechos, se reglan como sigue.

El que tiene el uso de los frutos de un fundo, no puede exigir ni percibir mas que los que ha menester para sí y su familia; y siendo su destino el de la caza ó pesca, solo el usuario puede cazar y pescar.

El que tiene el uso de una casa puede habitarla con su muger, hijos, criados y demas familiares, y tambien recibir huéspedes.

El usuario de un animal puede ser-

(1) L. 20, 21, y 27 tit. 31 Part. 3: Castillo, lib. 1 cap. 28.

virse de él para sus menesteres propios, ó de su familia.

El de ganados y rebaños puede traerlos por sus heredades para aprovecharse del estiercol, y tomar la leche, queso, lana y crias que necesite para su gasto y el de su familia.

Ningun usuario puede ceder, arrendar, ni en otro modo enagenar su derecho (1).

El derecho de habitacion en una casa comprende todos los derechos del usuario, y ademas el de poder alquilarse, cederse, venderse, hipotecarse y enagenarse de cualquier modo. Advierto que esta resolucion consagrada como ley por Justiniano y por D. Alonso el Sabio, fue contraria á la opinion de Papiniano y de otros célebres jurisconsultos, que con mucha razon no admitieron distincion en los derechos del usuario y del habitador (2).

Si el usuario consume todos los frutos del fundo, ó el habitador ocupa toda la

(1) L. 20, 21, 24 y 27 tit. 31 Part. 3: Vinnius, lib. 2 tit. 5: Castillo, lib. 1 cap. 28.

(2) L. 27 ti 31 Part. 3: Castillo, lib. 1 cap. 73 num. 24 ad 29.

casa, están sujetos á los gastos de cultura, á las reparaciones de sosten, y al pago de pensiones y contribuciones como el usufructuario.

Si no toma mas que una parte de frutos, ó no ocupa sino una parte de casa, contribuirá á prorata de lo que goza (1).

El derecho de habitacion solo finaliza por la muerte ó renuncia del habitador; y no por el no uso, ni por la capitis diminucion (2).

TITULO IV.

De las servidumbres.

Servidumbre es una carga impuesta sobre cosa agena, por la cual su señor está obligado á consentir, á hacer, ó no hacer algo para uso ó utilidad de otra cosa de distinto señor (3).

(1) L. *Si domus* 18 Dig. *De usu, et habit.* Vinnius, lib. 2 tit. 5.

(2) L. 27 tit. 31 Part. 3: Castillo, lib. 1 cap. 28 num. 31.

(3) L. 1 tit. 31 Part. 3.

Deriva, ó de la situacion natural de las cosas, ó de obligaciones impuestas por la ley, ó de convenciones entre los dueños (1).

CAPÍTULO I.

De las servidumbres que derivan de la situacion de las cosas.

Las heredades inferiores están sujetas á recibir las aguas, tierra, ó piedras de las elevadas, que bajen naturalmente, sin intervenir la mano del hombre.

El dueño de la heredad inferior no puede elevar dique que impida esta corriente en daño de otro.

El dueño de la superior nada puede hacer que agrave esta servidumbre del inferior (2).

Cada uno en su casa ó heredad puede hacer fuente ó pozo de agua, aunque el del vecino se seque ó mengüe, salvo si lo hiciere maliciosamente sin necesidad, para perjudicar al otro, en cuyo caso podrá

---

(1) L. 14 tit. 31, y 14 tit. 32 Part. 3.
(2) L. 14 tit. 32 Part. 3.

prohibirle que lo haga, y hecho, hacerlo cerrar (1).

Si agua corriente por heredad de muchos naturalmente se estancase por palos, cieno, piedras ú otra cosa con agravio de algun vecino, puede éste apremiar al dueño de la en que se detuvo el agua, á limpiar y abrir el sitio por donde corria, para que continúe su curso, ó á que le permita á él hacerlo.

Siendo acequia de muchos el lugar en que se estanque, debe cada uno limpiar en la frontera de su heredad (2).

El que tiene pozo, fuente ú otra agua estancada ó corriente por su heredad, puede servirse de ella á su voluntad, salvo el derecho que un tercero puede haber adquirido por título ó por prescripcion (3), y salvo el derecho del público en las aguas de uso comunal.

Adquirida por alguno la servidumbre de traer agua de fuente nacida en heredad agena, no puede despues el dueño de ésta, sin consentimiento de aquel, per-

(1) L. 19 tit. 32 Part. 3.
(2) L. 15 tit. 32 Part. 3.
(3) L. 1 tit. 28 ibi.

mitir á otro que se aproveche de ella, á menos que sea tanta que baste para ambos (1).

El que tiene la servidumbre de conducir agua por acequias ú otros sitios para molinos ó riego de huertas y heredades, pasando por la de alguno, debe guardar y mantener el cauce, acequia, canal, caño ú otro conducto, de modo que no se pueda ensanchar, alzar, ni bajar, ni hacer daño al dueño de la heredad sirviente.

Si fuere cauce de agua para molino, ó acequia para riego, la ha de sostener y guardar con estacadas, sin meter cantos que impidan; y siendo menos agua, la debe conducir por arcaduces de barro, ó caños de plomo enterrados, de modo que se aproveche de ella sin pérdida ni agravio de los dueños de las heredades por donde pase (2).

Todo propietario puede obligar á su vecino á alindar sus heredades contiguas. El deslinde se hace á expensas comunes (3).

(1) L. 5 tit. 31 Part. 3.
(2) L. 4 ibi.
(3) L. 30 tit. 14 Part. 7: l. 4 §. 4, et 12 Dig. tit. 1 lib. 10 *Fin. reg.*

Todo dueño ó arrendatario de una heredad puede cerrarla ó cercarla á su voluntad, no impidiendo las servidumbres á que esté sujeta.

Esta regla es aplicable á las heredades en monte de dominio de particulares, desde la Real cédula de 19 de octubre de 1814, que abolió las antiguas trabas (1).

Siendo montes comunes ó de realengo, estan sujetos á las ordenanzas de este ramo.

El partícipe que cierra toda su porcion de monte ú otra cosa, no puede usar de la restante. Si cierra solo parte, pierde el uso en proporcion á lo que separó de la comunidad (2).

CAPITULO II.

De las servidumbres establecidas por la ley.

Las servidumbres establecidas por la ley, tienen por objeto la utilidad pública ó comunal, ó la utilidad de los particulares.

---

(1) Circular de 26 de agosto de 1816, y real orden de 30 de agosto de 1817.

(2) L. 2 tit. 11 lib. 10 Dig.

Las establecidas para utilidad pública ó comunal tienen por objeto la construccion y reparacion de los caminos y otras obras públicas ó comunales, cuyas servidumbres se determinan por leyes y reglamentos particulares.

La ley sujeta los propietarios á diferentes obligaciones de unos á otros, independientemente de sus convenciones.

Parte de estas obligaciones pertenecen á reglas de policía rural.

Las otras son relativas á paredes, muros y zanjas comunes ó medianeras: á los casos en que haya lugar á contramuro: á las vistas sobre la propiedad del vecino: á las aguas de los tejados, y al derecho de pasage.

Sobre unas y otras hay vacíos en nuestra legislacion, de que se sigue una lamentable incertidumbre en los frecuentes juicios de esta clase. Expondré nuestras prácticas racionales conformes con los principios y reglas del código civil de Francia (1) en los casos no decididos por nuestras leyes ni por las de Roma.

---

(1) L. 2 tit. 4 chap. 4.

SECCION I.

De los muros y zanjas comunes ó medianeras.

Toda pared ó muro que sirve de separacion entre dos edificios, corrales, jardines ó campos circundados de dos ó mas dueños, se presume medianero ó comun, si no hay título ni señal de lo contrario.

Estas señales consisten en las maneras de construir en mojones y otros signos segun los usos de los lugares.

Las reparaciones y reconstrucciones de los muros y paredes medianeras ó comunes, son del cargo de todos los que hacen derecho en ellas, y en proporcion al derecho de cada uno. En los cercados de campos de muchos dueños suele estar marcada la parte de cada partícipe.

Si alguno de los compañeros dueños en comun de muro, pared, casa ú otro edificio que amenace ruina, lo labre ó repare de buena fé por sí y en nombre de los demas, á quienes antes lo hizo saber, cada uno será obligado á reintegrarle la respectiva parte de gastos, hasta cuatro

meses desde el dia en que se concluyó la obra, ó le fue mandado pagar, sopena de perder la parte que tuviese en la cosa; pero ejecutando la obra por sí con mala fé, sin requerir á los compañeros, debe perder los gastos, y ser comun á todos la labor nueva (1).

Si en los cercados de campos y heredades no está marcada la parte de los partícipes, cada uno debe contribuir á las reparaciones y reconstrucciones del muro comun en proporcion al terreno que le guarda.

Puede dispensarse de contribuir á las reparaciones y reconstrucciones del muro comun ó medianero el partícipe á quien de nada sirva.

Todo partícipe en muro comun ó medianero puede edificar contra él chimeneas y otras obras, guardando las reglas de costumbre.

Puede alzar el muro comun ó medianero; pero debe hacerlo á su costa, y á la misma conservarle en todo lo que se eleva sobre el cierro comun, ademas de la

(1) L. 26 tit. 32 Part. 3.

indemnizacion en razon del alzamiento, y segun su valor.

Si el muro comun ó medianero no se halla en estado de sufrir el alzamiento, el que quiere alzarle debe reconstruirle á sus expensas, y el mayor anchor que necesite debe tomarlo de su lado.

El vecino que no ha contribuido al alzamiento, puede adquirir la medianería del muro, pagando la mitad de su costo, y el valor de la mitad del suelo agregado á su anchor.

Todo dueño en general puede hacer medianero el muro ageno, reembolsando á su propietario la mitad del valor de la porcion de muro que quiere hacer medianero, y la mitad del valor del suelo que ocupa, ademas del total valor del terreno que el dueño del muro dejase fuera por uso constante ú otra causa. Estas reglas no suelen ser coactivas, sino cuando así lo exige la policía urbana, y no en otros casos, como opuestas al derecho de propiedad.

El vecino no puede horadar, aplicar, ni apoyar obra alguna en el muro medianero sin el consentimiento del otro; y no lo prestando, sin que por expertos se

arreglen los medios necesarios para que la nueva obra no dañe los derechos del otro (1).

Cada uno puede obligar á su vecino á contribuir á las construcciones y reparaciones de cerramiento divisorio de sus casas, corrales y jardines, segun los usos reconocidos en cada pueblo.

Cuando los diferentes altos ó viviendas de una casa pertenecen á diversos dueños, no habiendo título que regle las reparaciones y reconstrucciones, deben hacerse como sigue.

Los cimientos y el techo son del cargo de todos los dueños, cada uno en proporcion al valor de la vivienda ó alto que le pertenece.

El dueño de cada suelo hace el piso sobre que marcha.

El dueño del primer suelo hace la escalera que le conduce á él: el del segundo la hace desde el primer suelo hasta concluir el suyo, y asi los demas.

Cuando se reedifica un muro media-

(1) L. 6 et 14, *Si serv. vind.* et 33 Dig. *De serv. præd. urb.*

nero ó una casa, las servidumbres activas y pasivas continúan sin poder agravarse, con tal que no se prescribiesen antes de comenzar la reedificacion.

Toda zanja divisoria de dos heredades se presume medianera, si no hay título ni señal de lo contrario. Estas señales dependen de la manera con que se construyen las zanjas en cada tierra en los casos de esta naturaleza.

La zanja comun ó medianera debe conservarse á expensas comunes.

El que labre casa, torre ú otro edificio en villa ó lugar poblado, debe mantenerla y reparar de modo que no se arruine por su culpa ó pereza; mas no será obligado á hacerla de nuevo, si no es que medie obligacion suya, ó contrato que deba cumplir, ó mandato de testador cuyos bienes heredase.

El que labre en lo suyo casa ó torre nueva, debe dejar ácia la carrera el espacio de tierra usada por los otros vecinos; y podrá alzarla cuanto quiera, con tal que no descubra mucho las casas de ellos (1).

---

(1) L. 25 tit. 32 Part. 3. Esta ley se ha modificado por uso, como se verá luego.

El seto que divide heredades de diversos dueños se presume comun á todos, á menos que una sola heredad se halle cerrada con él, ó que haya título ó posesion suficiente en contrario.

SECCION II.

De la distancia é intermedios que se requieren para ciertas construcciones.

Aunque cada dueño puede hacer en lo suyo lo que quiera, debe hacerlo de manera que no dañe á otro.

Por consiguiente el que quiera hacer pozo, hoyo ó lugar comun cerca de un muro medianero ó no medianero:

El que quiera construir chimenea, forja, horno ú hornillo, formar establo, establecer contra este muro almacen de sal ó de materias corrosivas, tenería ó tintorería que incomoden al vecino con el mal olor, humo, ruido, ó de otro modo,

Si la servidumbre se halla establecida, debe sufrirse.

No estando establecida, se sufrirá ó impedirá la incomodidad segun las cualidades de los lugares y de la incomodidad,

y segun esté previsto en las reglas de policía y de uso, si las hay (1).

SECCION III.

De las vistas sobre la propiedad de su vecino.

El uno de los vecinos que no tenga título ni posesion, no puede sin el consentimiento del otro hacer en su pared medianera ventana ó abertura de cualquiera manera que sea, aunque sea de las que no se abren (2).

El dueño de una pared no comun ni medianera contigua con heredad agena, puede abrir en su pared ventanas con las precauciones de costumbre para no ofender al vecino. Consisten estas precauciones en enrejados y celosías espesas y fijas de fierro, y en hacer las aberturas á un altor superior al del hombre segun las circunstancias y los usos.

El dueño de una casa no sujeta á ser-

---

(1) L. 8 §. 5 Dig. *Si servit. vind.* Domat, *Loix civiles*, lib. 1 tit. 12 sec. 2 num. 10.

(2) L. 40 Dig. *De servit. præd. urb.* Domat, ibi art. 5.

vidumbre alguna, puede elevarla lo que le pareciere, aunque disminuya la luz y las vistas de la del vecino (1), y puede abrir ventanas y balcones desde los cuales se vean heredades agenas cerradas ó no cerradas, mediando las distancias regladas por el uso. Siendo la vista derecha sobre la heredad del vecino, esta distancia en Francia es de seis pies desde la línea exterior del muro ó balcon, y de dos si la vista es oblicua (2).

Seccion IV.

De las goteras de los tejados.

El dueño de un edificio debe disponer su tejado de forma que las aguas llovedizas caigan y corran sobre terreno suyo ó sobre camino público. No puede derramarlas sobre edificio ó heredad del vecino, á menos que adquiriese esta servidumbre (3).

---

(1) L. 9. Dig. *De serv. præd. urb.* l. 26 ibi: *De damn. inf.* l. 8 et 9 Cod. *De servit.*: Domat, lib. 1 tit. 12 sec. 2 art. 9.

(2) Code civil art. 678, 679 et 680.

(3) L. 2 tit. 31 Part. 3: Domat, lib. 1 tit. 12 sec. 2 art. 3.

SECCION V.

Del derecho de camino.

El dueño de una heredad enclavada en el circuito de otras agenas, y que no tiene salida al camino público ó comunal ¿podrá obligar á los dueños de éstas á que se lo den por sobre sus heredades al menor daño, indemnizándolos segun avenencia ó á juicio de expertos? Asi lo dicta la razon, y asi lo he visto practicar, aunque no hay ley que lo mande en el reino, ni en que este caso frecuente haya sido previsto.

CAPÍTULO III.

De las servidumbres establecidas por el hecho del hombre.

SECCION I.

De las diferentes especies de servidumbres que pueden establecerse sobre los bienes.

El dueño de una heredad ó edificio puede establecer sobre él, ó en favor de

él las servidumbres que le parezca, si en ellas no hay cosa contraria al orden público (1).

No pueden imponerse servidumbres sobre cosa sagrada, santa, religiosa ó comun de pueblo, como mercados, plazas, ejidos, y lo semejante (2).

El uso y extension de las servidumbres se reglan por sus títulos ó por la posesion. A falta de unos y otra, por las reglas que abajo se expresarán.

Las servidumbres se establecen ó para el uso de edificios, ó para el de heredades ú otros fundos.

Las de la primera especie se llaman *urbanas*; las de la segunda *rústicas* ó *rurales* (3).

Las servidumbres son ó *continuas* ó *discontinuas*. Son continuas aquellas cuyo uso es ó puede ser continuo, sin necesidad de hecho actual del hombre. Tales son las de acueducto, de goteras, de vistas desde ventana ó balcon, de viga metida, de no alzar mas, y otras semejantes

(1) L. 10 á la 15 tit. 31 Part. 3.
(2) L. 13 ibi.
(3) L. 1 tit. 31 Part. 3.

Servidumbres discontinuas son las que han menester de hecho actual del hombre para ejercerse. Tales son el derecho de camino, el de usar de agua una vez en la semana, mes ó año, el de sacarla de un pozo, el de ponturage y otras de esta especie (1).

Las servidumbres son *manifiestas* ó *no manifiestas.*

Son manifiestas las que se anuncian por obras exteriores, como una puerta, una ventana, un acueducto.

Servidumbres no manifiestas son las que no tienen señal exterior de su existencia, como la de no edificar sobre una heredad, de no fabricar sino hasta una altura determinada.

Las servidumbres son *perpétuas* ó *temporales.* Son perpétuas las establecidas para siempre; y son temporales las establecidas por tiempo determinado.

La servidumbre es *real* ó *personal.*

Real es derecho ó uso que hay en los edificios ó heredades agenas para servirse de ellas á pro de las suyas.

---

(4) L. 15 tit. 31 Part. 3.

Personal es derecho ó uso que ome gana en las cosas agenas para pro de su persona, é non ha pro señaladamente de su heredad. El usufructo, el uso y la habitacion son de esta especie (1).

Las servidumbres pueden ser *positivas* ó *negativas*, *activas* ó *pasivas*, las cuales no hay necesidad de definirlas.

SECCION II.

Cómo se establecen las servidumbres, y por quienes.

Para establecer servidumbre en heredad ó edificio de muchos dueños, es necesario que todos la otorguen. El otorgamiento de algunos no obsta á los demas (2).

El enfitéuta, el censatario, y todos los que tienen dominio util en edificio ó heredad, durante aquel, pueden otorgar servidumbre como si tales cosas fuesen suyas con dominio pleno.

Si el que compró casa ó heredad se

---

(1) L. 1 tit. 31 Part. 3.
(2) L. 10 ibi.

aviene con el vendedor en que sirva de algun modo á otra de éste ó de otro cualquiera, vale la servidumbre, aunque no haya pasado á su poder la cosa comprada.

El señor de la servidumbre que deba una casa ó heredad á otra, no puede enagenarla separada de ella, si no es que lo consienta el dueño de la otra, ó fuere de agua que nazca en una y riegue á la otra, pues el dueño de ésta la puede dar al de la inmediata despues que venga á la suya (1).

Las servidumbres de edificios ó heredades en nada se alteran por la mutacion de dueños (2).

Las servidumbres continuas y las manifiestas se adquieren por título ó por posesion de diez años, estando en la tierra ó provincia el dueño del edificio ó heredad sirviente, y habiendo buena fe en el que adquiere la servidumbre; y no estando en la tierra, por veinte años (3).

La posesion de año y dia de estas ser-

(1) L. 11 y 12 tit. 31 Part. 3.

(2) L. 8 ibi: l. 23 §. 2 Dig. *De serv. præd. rust.* 2.

(3) L. 15 y 16 tit. 31 Part. 3; y 19 tit. 29 ibi.

vidumbres en paz y faz del dueño de la cosa sirviente, sin que las impidiere en dicho tiempo, da derecho al poseedor á que no se le interrumpan, sin perjuicio del derecho del dueño de la cosa sirviente en posesion y propiedad en los pueblos en que así se halla establecido por costumbre, como en Galicia (1).

La servidumbre de no edificar, ó de no alzar un edificio, no es continua y manifiesta sino desde que se impidió el edificar ó alzar; y desde este momento se cuenta el tiempo marcado.

La servidumbre discontínua no se adquiere sino por título ó posesion inmemorial (2). Las no manifiestas, como que carecen de señal de su existencia, requieren título.

La interrupcion en la posesion interrumpe la prescripcion en la propiedad; y por el contrario, la interrupcion en la propiedad interrumpe la prescripcion en la posesion (3).

---

(1) L. 3 tit. 15 lib. 4 Recop.: 1 tit. 11 lib. 2 del Fuero Real: l. 242 del Estilo; y 1 tit. 13 lib. 3 del Ord. Real.

(2) L. 15 tit. 31 Part. 3.

(3) L. 7 tit. 13 lib. 4 Recop.

SECCION III.

De los derechos del dueño del fundo á quien se debe la servidumbre.

Aquel á quien se debe una servidumbre, tiene derecho á hacer todas las obras necesarias para usarla ó para conservarla.

Estas obras son á su costa, y no á la del dueño del fundo sirviente, á menos que el título del establecimiento de la servidumbre no prescriba lo contrario.

En el caso mismo en que el dueño del fundo sirviente está obligado por título á hacer á su costa las obras necesarias para el uso y conservacion de la servidumbre, puede libertarse siempre de la carga, abandonando el fundo sirviente al dueño del fundo á quien se debe la servidumbre. Lo mismo, segun Labeon, puede hacer aquel á cuyo cargo esté construir ó reedificar muro ó pared que sirva á otro, ó es comun ó medianera, pues se liberta de la carga abandonando

la propiedad por que se le impuso (1).

Si se divide la heredad para la que se ha establecido la servidumbre, se debe ésta á cada porcion, sin que no obstante se agrave la condicion del fundo sirviente.

Así, por ejemplo, si se trata de un derecho de camino, todos los partícipes ó compropietarios deben ejercerle por un mismo sitio.

Si muriese el que debe la servidumbre dejando muchos herederos, cada uno de ellos puede ser demandado por el todo de ella, y obligado como lo era el difunto.

El dueño del fundo, deudor de la servidumbre, nada puede hacer que impida, disminuya, ó haga mas incómodo su uso.

De su parte el que tiene el derecho de servidumbre nada puede hacer que agrave la condicion del fundo sirviente (2).

---

(1) L. 6 §. 2 Dig. *Si serv. vind.*: Domat, lib. 1 tit. 12 secc. 4 art. 2 y 6: Code civ. art. 697, 698, et 699.

(2) L. 9 tit. 31, y 14 tit. 32 Part. 3: l. 20 §. 5 Dig. *De serv. præd. urb.*: l. 1 et 11 Cod. *De serv. vind.* Code civil art. 700, 701 et 702.

Toda invasion puede impedirse; y el que la hiciese debe resarcir los daños que causase (1).

Si la asignacion de una servidumbre viniese á ser mas onerosa al dueño del fundo sirviente, ó le impidiese el hacer reparaciones ventajosas, ¿podria ofrecer al dueño del otro fundo un sitio igualmente cómodo, y podrá éste rehusarlo? La equidad dicta que no lo rehuse, y así se halla determinado por ley en Francia (2).

Seccion IV.

Como se acaban las servidumbres.

Las servidumbres cesan ó se suspenden cuando no pueden usarse por el estado en que se hallan las cosas.

Reviven si las cosas se restablecieron en estado que puedan usarse, á menos que corriese ya un espacio de tiempo suficiente para hacer presumir extinguida la servidumbre, conforme á lo que se dirá (3).

(1) L. 40 §. 1 Dig. *De damn. inf.*
(2) Code civil art. 701.
(3) L. 34 §. 1, l. 35 Dig. *De servit. præd.*

Así, por ejemplo, secando una fuente de que el vecino tenia derecho á sacar agua, cesaría su derecho á entrar en el fundo del manantial; mas se restablecería esta servidumbre renaciendo el agua.

Toda servidumbre se acaba cuando el fundo á quien se debe y el sirviente están sometidos á un mismo dueño.

Si el dueño del fundo, para el cual se habia establecido la servidumbre, adquiriese el sujeto á ella, y despues le vendiese sin reserva de la servidumbre, se entiende vendido libre (1).

Las servidumbres urbanas se acaban no usando de ellas diez años estando en la tierra, y veinte estando ausente. Este tiempo se cuenta desde que se le embargó su uso con buena fe.

De las demas servidumbres, para acabarse las discontínuas, se requiere tiempo inmemorial; y las contínuas veinte años, esté presente ó ausente el interesado.

Si la heredad á favor de la cual se es-

---

rust.: l. 7 §. 1 ibi: Code civil art. 703 et 704: Domat, lib. 1 tit. 12 secc. 6 art. 1 et 4.

(1) L. 17 tit 31 Part. 3: l. 10 Dig. *Comm. præd.*

tableció la servidumbre pertenece á muchos dueños, el goce ó uso de uno aprovecha á los demas partícipes para la no prescripcion. Lo contrario sucede estando dividida.

Si el dueño de la cosa á quien otra debe servidumbre permitiese al señor de ésta hacer alguna labor que la impida, la pierde, porque se entiende que lo libra de ella (1).

El modo de la servidumbre se adquiere ó pierde de la misma manera que ésta.

Si entre los partícipes comuneros hay uno contra el cual no tiene lugar la prescripcion, como un menor, conserva el derecho de todos los otros.

Pasando el derecho de servidumbre activa ó pasiva de un propietario á otro, el tiempo favorable ó adverso al primero se junta al del segundo para la prescripcion (2).

La servidumbre se retiene, no solo por el uso del dueño de la cosa á quien

---

(1) L. 16, 18 y 19 tit. 31 Part. 3.

(2) L. 10 et 18 §. 1 Dig. *Quemadm. serv. amit.*: Code civil art. 708 et 710.

es debida, mas tambien por el del que la posee en su nombre con algun dominio ó sin ninguno, como colono, usufructuario, huésped ó amigo (1).

El que durante los tiempos marcados usó de otra agua ó camino que los en que tenia servidumbre, la pierde (2).

---

(1) L. 20 Dig. ibi.
(2) D. l. 18 Dig.

FIN DEL TOMO PRIMERO.



ÍNDICE.

LIBRO PRIMERO.

De las personas.

TÍTULO PRIMERO.

TÍTULO II.

TÍTULO III.

TÍTULO IV.

TÍTULO V.

TÍTULO VI.

TÍTULO VIII.

TÍTULO IX.

LIBRO SEGUNDO.

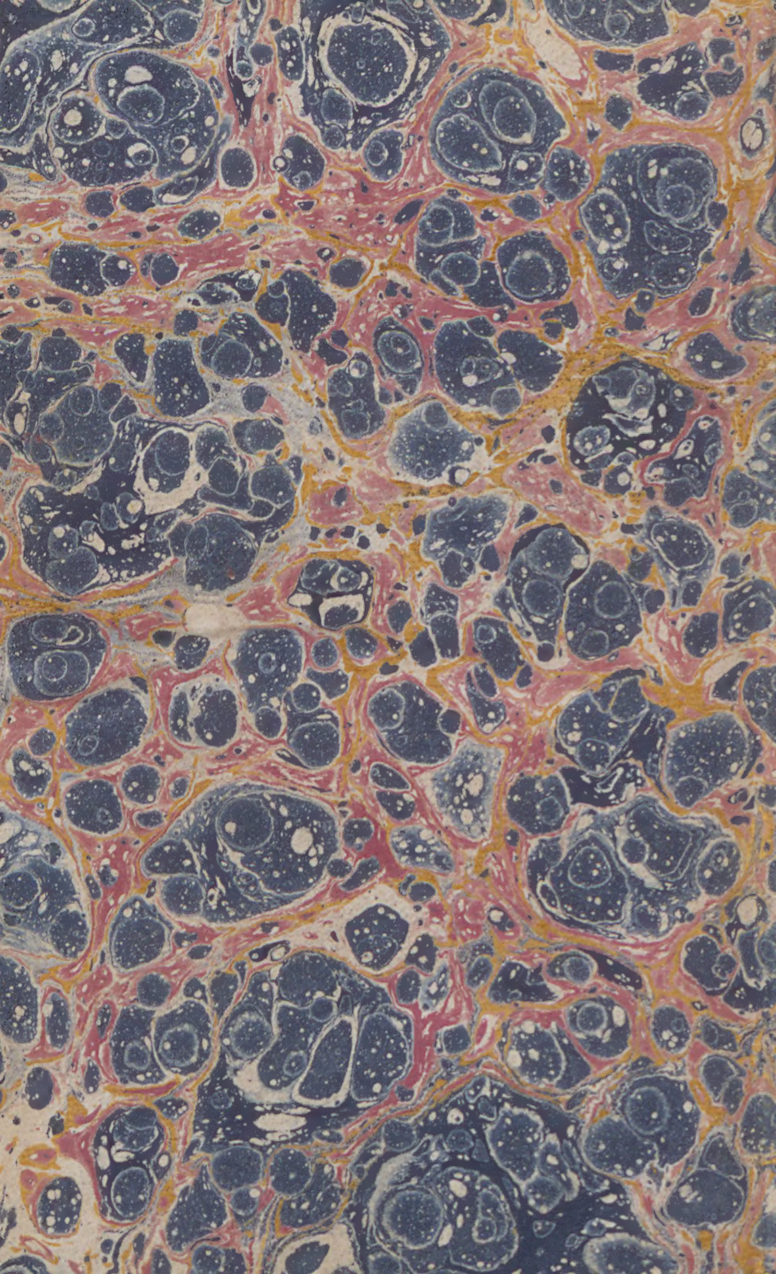
De las cosas y bienes, de su propiedad y dominio ó señorío, y de sus diferentes modificaciones.

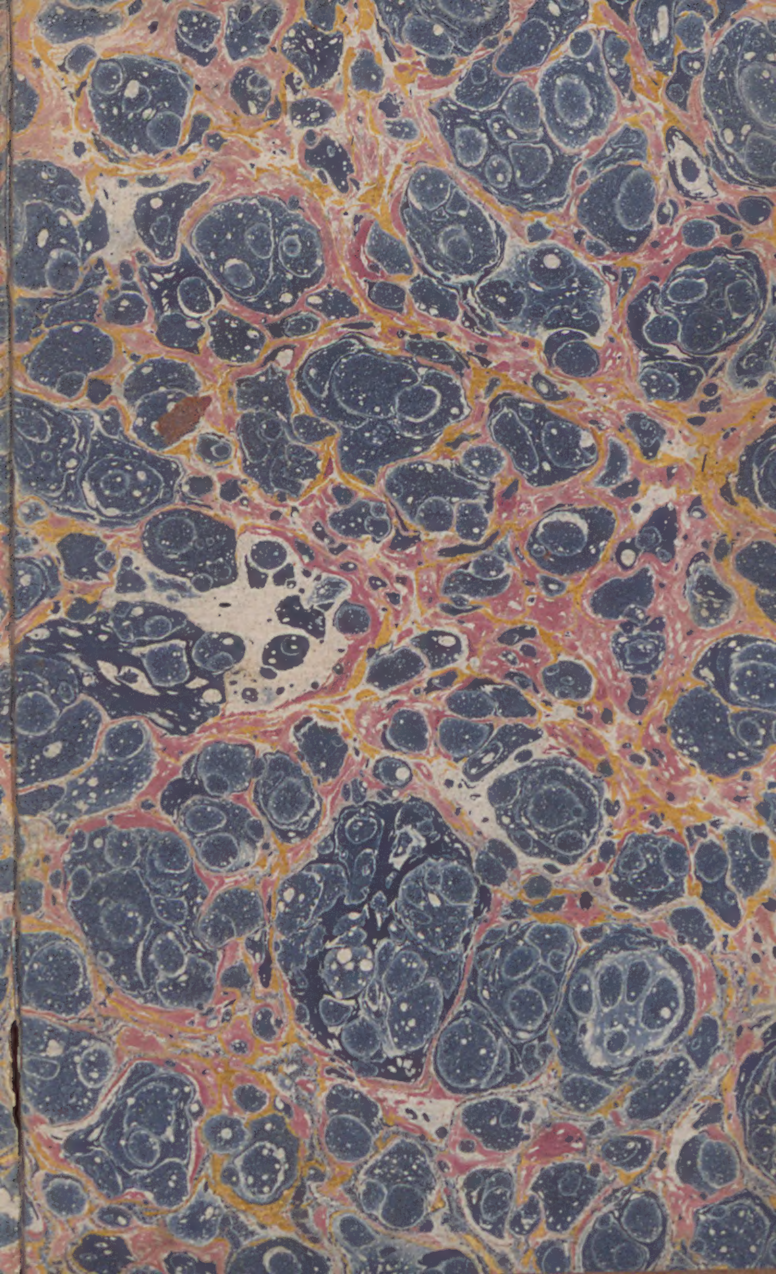
TÍTULO I.

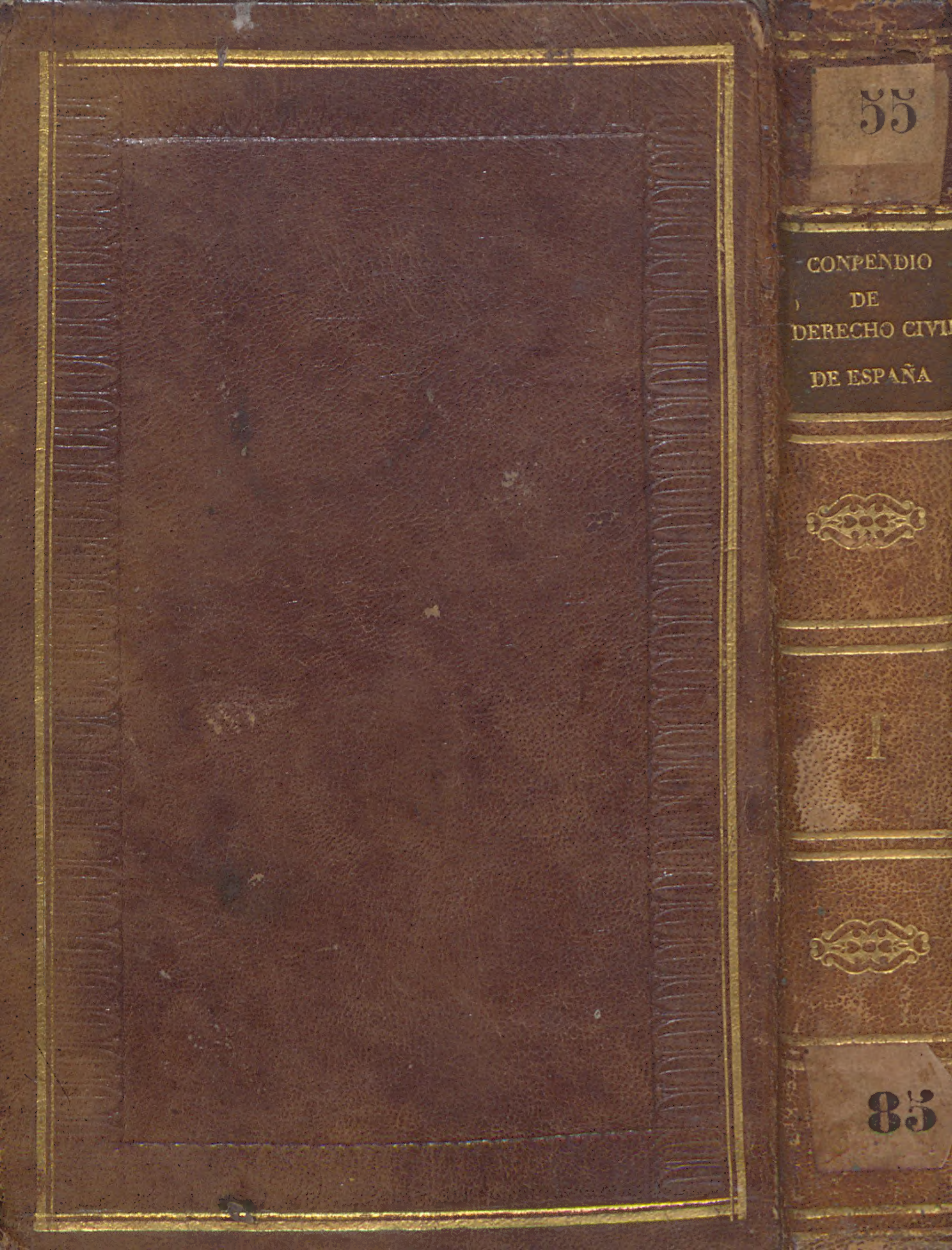
TÍTULO II.

TÍTULO III.

TÍTULO IV.







55
CONPENDIO
DE
DERECHO CIVIL
DE ESPAÑA
I
85


colorchecker CLASSIC
calibrite
mm